Das
fiduziarische Indossament.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Emil Kränzlein
aus Erlangen
Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 7. Juni 1905.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Erlangen.
Kgl. bayer. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.
1905.

6

Referent: Univ.-Professor Dr. Emil Sehling.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0086

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

§ 1. Geschichtliches 3
§ 2. Wesen und Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts . 5
§ 3. Unterschied der fiduziarischen von anderen ähnlichen Rechtsgeschäften 11

II. Teil.

Das fiduziarische Indossament.

§ 4. Ist das fiduziarische Indossament zu den fiduziarischen Geschäften zu rechnen? 16
§ 5. Wesen und Wirkung des Vollindossaments und sein Unterschied vom Prokuraindossament 19
§ 6. Die Einreden gegen die Wechselforderung 30
§ 7. Ist das fiduziarische Indossament ein simuliertes zu nennen? 32
§ 8. Die Einrede des Dolus und die bona fides im Wechselrecht 37

III. Teil.

Verwertung der gewonnenen Resultate.

§ 9. Die rechtliche Stellung des fiduziarischen Indossatars im allgemeinen 52
§ 10. Sein Verhältnis zu seinem Indossanten 60
§ 11. Sein Verhältnis zum Wechselschuldner 63
§ 12. Das fiduziarische Indossament im Konkurse des fiduziarischen Indossatars 69

Literatur-Verzeichnis.

Asher, Wie ist der Erwerb einer Forderung auf Grund eines Indossamentes juristisch zu erklären? Erlanger Doktor-Dissertation 1895.

Bernstein, Allgemeine deutsche und allgemeine österreichische Wechselordnung, Breslau 1898.

Borchhardt, Die Einreden im Wechselprozess, im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. I, Leipzig 1851, Ziff. VII, S. 194—203.

Budde, Die rechtliche Natur des Wechselindossaments, Giessen 1884.

Büsing, Wesen und Wirkungen des Indossaments, Berlin 1904.

v. **Canstein**, Das Lehrbuch des Wechselrechts, Berlin 1890.

—, Das Wechselrecht Österreichs. 2. Auflage 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes, IV. Aufl., Stuttgart 1898.

Davidsohn, Zur Streitfrage über die Zulässigkeit der sog. Einrede des Prokuraindossaments, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 18. (N. F. III. Jahrg.) Berlin 1874, Nr. 1 S. 1—31.

Dreyer, Das fiduziarische Rechtsgeschäft, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 40, Berlin 1896, Ziff. 19, S. 449—468.

Durchholz, Das sog. versteckte Wechselinkassoindossament, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 47, Berlin 1903.

Engländer, Das Giro zum Inkasso in der Form des eigentlichen Indossaments und Art. 82 der allgemeinen deutschen Wechselordnung im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, N. F. Bd. V, Leipzig 1873, Ziff. II, S. 23—32.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. I—XXV.

— des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. I—LVIII.

de **Fontenay**, Die Wechselforderung hat ihren Grund in einem Vertrage, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 18 (N. F. Bd. III), Erlangen 1873, Ziff. II, S. 33—76.

Fuss, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken. Kieler Inauguraldissertation 1899.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, VI. Aufl., Berlin 1899.

Goldschmidt, Das fiduziarische Indossament, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 28 (N. F. Bd. 13), Stuttgart 1882, Ziff. III, S. 81—83.

Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes. Rostocker Inauguraldissertation 1901.

Grünhut, Wechselrecht Bd. II, Leipzig.

Gunz, Das Vollgiro zu Inkassozwecken, Berlin 1903.

Hartmann, Die allgemeine deutsche Wechselordnung, Berlin 1882.

Jäger, Kommentar zur Reichskonkursordnung, Berlin 1904.

E. Jakobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs, Jena 1901.

de Jonge, Das relative Vollmachtsindossament; Teilung der Rechtswirkungen, Grünhuts Zeitschrift Bd. XV.

R. Koch, Der Inkassomandatar unter der Maske des Indossaments, im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. XV, Leipzig 1866, Ziff. 8, S. 270—289.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XVI (N. F. Bd. IV), Jena 1878, Ziff. II, S. 91—158.

Kreis, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, Berlin 1884.

Ladenburg, Simulierte Indossamente, im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 29 (N. F. Bd. IV), Berlin 1874, Ziff. IV, S. 28—36.

v. **Lang**, Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 83 (N. F. Bd. 33), Freiburg i. Br. und Leipzig 1894, Ziff. V, S. 336—351.

Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, Stuttgart 1886.

Leist, Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, Jena 1889.

Neumann, Der Einwand des Inkassomandats im Wechselprozess, im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts Bd. 34 (N. F. Bd. 9), Berlin 1876, Ziff. V, S. 77—96.

Oertmann, Fiducia.

Protokolle der zur Beratung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung abgehaltenen Konferenz, Leipzig 1848.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 (N. F. Bd. 13), Tübingen und Leipzig 1880, Ziff. 8, S. 157—207.

—, Pandekten I. 1893, Leipzig.

Rehbein, Allgem. Deutsche Wechselordnung, 7. Aufl. 1904.

v. **Sarwey**, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1900, bearbeitet von Bossert.

Skonietzky, Die Umbildung des handelsrechtlichen Indossaments zu einer allgemeinen Vollzugsform für die Übertragung verbriefter Forderungsrechte, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 29 (N. F. Bd. 9), Berlin 1885, Ziff. 6, S. 210—278.

Staub, Wechselordnung, 4. Aufl., Berlin 1901.

Steinblink, Das fiduziarische Indossament, Leipzig 1902.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft in Iherings Jahrbuch, Bd. 27, S. 412.

Tarnowski, Die fiduziarische Abtretung von Forderungen. Dissertation, Breslau 1901.

Thöl, Handelsrecht, Bd. I. Das Wechselrecht, 4. Aufl., Leipzig 1878.

Volkmar und **Loewy**, Die deutsche Wechselordnung, Berlin 1862.

Werthauer, Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des Dolus im deutschen Wechselrechte, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 13, Wien 1886, S. 586—669.

Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, Basel 1901.

Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 46, Berlin 1902.

v. **Wilmowsky**, Deutsche Reichskonkursordnung, 5. Aufl., Berlin 1896.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. Bd. I.

Wulff, Das Vollindossament zu Inkassozwecken, Berlin 1892.

Einleitung.

Fast gleichzeitig mit der Entstehung der deutschen Wechselordnung tauchte auch eine Rechtsfrage auf, die in umfangreicheren und kürzer gefaßten Arbeiten schon vielfach behandelt worden ist, die aber eine vollständig befriedigende Beantwortung noch nicht gefunden hat. Es ist dies die Frage nach der rechtlichen Natur des sogen. „fiduziarischen Indossaments".

Die deutsche Wechselordnung schuf zweierlei Indossamente: in Art. 10 das Vollindossament, das alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen läßt, in Art. 17 das sogen. Prokuraindossament, welches das Eigentum am Wechsel und an der Forderung nicht auf den Indossatar überträgt, sondern ihn nur zur Einziehung der Wechselforderung, zur Protesterhebung etc. ermächtigt.

In der Handelswelt ist nun bei Einkassierung von Wechseln das einfache Prokuraindossament sehr wenig in Gebrauch. Das hat seinen Grund darin, daß man von der Existenz und der Wirkung dieses beschränkten Indossaments oft gar nichts weiß, oder daß oft aus Bequemlichkeitsrücksichten die Aufträge zu den Girirungen ohne Rücksicht auf die rechtliche Natur erteilt werden, so daß gewöhnlich alle Wechsel mit Vollgiro versehen werden, oder daß die Ausstellung eines bloßen Prokuraindossaments leicht als

ein Mißtrauensvotum[1]) aufgefaßt werden kann, da es ja doch meist eine Gefälligkeit ist, die Wechselsumme einzukassieren. Da hat sich denn der Handelsbrauch herausgebildet, daß der Gläubiger seinem Geschäftsfreund, der die Einkassierung besorgen soll, nicht ein bloßes Prokuraindossament begibt, sondern ein wirkliches Vollindossament. Aber gleichzeitig trifft er mit diesem die Vereinbarung, daß die eingehobenen Gelder an den Indossanten abzuliefern und eventuell erhobene Proteste mit dem Wechsel an den Indossanten zurückzusenden sind.

Über die rechtliche Natur dieses fiduziarischen Indossaments geht der Kampf der Meinungen in der Literatur, wie in der Praxis der Gerichte seit Jahrzehnten hin und her. Während die einen diese Art der Indossierung mit der geheimen Nebenabrede für ein fiduziarisches Rechtsgeschäft halten, verneinen die anderen die fiduziarische Natur desselben, und erblicken in ihm ein simuliertes Rechtsgeschäft. In der Hauptsache dreht sich der Streit darum, ob überhaupt und welche Einreden aus der Person des Indossanten gegen den fiduziarischen Indossatar zugelassen werden.

Um zur Beantwortung dieser strittigen Fragen zu gelangen, wird zunächst geprüft werden müssen, ob das fiduziarische Indossament seinen Namen auch mit Recht führt, ob es zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften gerechnet werden kann, um dann auf die

[1]) Thöl, Wechselr. 4. Aufl. 1878, § 52, S. 211 und § 118, S. 445. Werthauer, Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des Dolus, S. 587. Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes. Rostocker Inauguraldissert. 1901. Neumann in Buschs Archiv N. F. 9, S. 89.

Behandlung des fiduziarischen Indossaments und der rechtlichen Stellung des fiduziarischen Indossatars selbst einzugehen.

I. Teil.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

§ 1.

Geschichtliches.

Schon das römische Verkehrsleben, das lange Zeit zwecks Hingabe von Sachen an Andere rechtlich nur Formalakte wie die mancipatio und die in iure cessio kannte, fand ein Mittel, um den verschiedenen Zwecken dieser Hingabe, zu Eigentum, zu Pfand oder zur Aufbewahrung indirekt zu ihrem Rechte zu verhelfen[1]).

Zur Übereignung einer Sache war ein Formalakt, mancipatio, in iure cessio nötig, aber der konkrete Zweck dieser Übereignung konnte doch in Gestalt einer Nebenbestimmung beigefügt werden. Es bildete sich so allmählich das vom römischen Recht anerkannte Rechtsinstitut der „fiducia" heraus.

Als Ersatz eines noch nicht ausgebildeten Pfandrechtes zeigte sich die fiducia zuerst als fiducia cum creditore. Im Wege der mancipatio oder in iure cessio übertrug hierbei der Schuldner seinem Gläubiger eine ihm gehörige Sache zu Eigentum zur Sicherheit für eine Forderung. Der Pfandzweck wird erreicht durch das außerhalb des eigentlichen Manzipationsaktes stehende pactum fiduciae. Hierin verpflichtet sich der Pfandgläubiger, die Sache nach erfolgter Befriedigung wieder zurück zu übertragen.

[1]) Oertmann: „Fiducia".

Ein weiterer Anwendungsfall des vermögensrechtlichen Fiduziargeschäftes ist die sogen. fiducia cum amico. Dieses Geschäft trat auf, als man noch keine actio mandati oder commodati kannte. Zu ihm griffen die Römer, um die Zwecke einer Sequestration, Schenkung auf Zeit, eines Trödelvertrages zu erreichen, um den Beauftragten zu befähigen, die ihm anvertraute Sache im Interesse des Auftraggebers zu manzipieren oder in iure zu zedieren. Auch hier mußte die Eigentumsübertragung sub pacto fiduciae betätigt werden[2]).

Durch die mancipatio verliert der Schuldner jeden dinglichen Anspruch; er überträgt das volle Eigentum auf seinen Gläubiger oder Beauftragten. Der Schutz des Schuldners etc. besteht nur in dem pactum fiduciae, wodurch er eine actio fiduciae erhält.

Die neuere Wissenschaft und Praxis suchen das Institut der altrömischen Fiduzia wieder in das Leben zu rufen, die Erwartung Oertmanns[3]), „die fiduzia ging und nimmer kehrt sie wieder“, sollte sich also nicht erfüllen. Oertmann ließ aber diese seine Ansicht auch selbst bald fallen, indem er auf eine Anzahl Geschäfte aufmerksam macht, die denselben Kern haben, wie die alte römische Fiduzia. Oertmann meint damit jene zahlreichen Arten von Geschäften, die der moderne Handelsverkehr entstehen ließ.

Und in der Tat weisen diese in neuester Zeit entstandenen sogen. fiduziarischen Geschäfte denselben Inhalt auf, wie die altrömischen Fiduziargeschäfte. Das Institut der Fiduzia entstand von neuem und

[2]) Sohm, Institutionen § 12, S. 53—61. Hölder, Institutionen § 62, Ziff. II, S. 187—189.

[3]) A. a. O. S. 251.

zwar in dem gleichen Sinne und zu demselben Zweck wie im altrömischen Recht.

Was im römischen Recht in der „Ungelenkigkeit des jugendlichen naiven Rechtsverkehrs", wie Oertmann sich ausdrückt, seinen Grund hat, entsteht hier aus dem freien Willen der Parteien heraus.

Man greift zu diesem Mittel, sagt Regelsberger[4]), entweder weil eine dem Zweck unmittelbar angepaßte Rechtsform fehlt (fiducia cum creditore), oder weil mit der unmittelbar angepassten Rechtsform Unzuträglichkeiten verbunden sind (Besitzübertragung beim Faustpfande, Unbeliebtheit der Prokuraindossamente).

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht stellt A. Schultze[5]) die Lehre vom modernen fiduziarischen Geschäft nicht auf die Basis der altrömischen fiducia, sondern er begründet sie im Treuhänderverhältnis des germanischen Rechts. Er findet in dem Institut der Salmänner, der Auflassung zu treuen Händen, das Vorbild für das heutige fiduziarische Rechtsgeschäft.

§ 2.

Wesen und Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Unter dem Namen „fiduziarische Geschäfte" hat zuerst Regelsberger[1]) eine Gruppe von Verträgen zusammengefaßt, bei denen, wie er sagt, ein Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck besteht. Jetzt ist

---

[4]) Pandekten I, § 141, S. 518.

[5]) „Der Treuhänder im geltenden Bürg. Recht." Iherings Jahrbuch XLIII. S. 1 ff.

[1]) Regelsberger im Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 63, S. 173.

der Name wohl allgemein akzeptiert, nur Kohler[2]) gebraucht noch den Ausdruck „verdecktes Geschäft“. In den Pandektenlehrbüchern finden diese fiduziarischen Rechtsgeschäfte fast keine Erwähnung. Daß aber vereinzelt auch schon früher diese besondere Art von Rechtsgeschäften anerkannt wurde, beweisen die Andeutungen Arndts' und Windscheids. So heißt es bei Arndts[3]): „Möglich ist noch heute Übertragung des Eigentums an den Gläubiger unter jeder Verabredung“ und Windscheid[4]) äußert sich: „daß der Sicherungszweck natürlich durch jede Vermögenszuwendung erreicht werden könne.“ Erst in neuerer und neuester Zeit beschäftigte man sich eingehender mit diesen Geschäften und auch durch die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe in neuerer Zeit wurde zu dieser viel umstrittenen Frage nach der Natur dieser Geschäfte Stellung genommen[5]).

Die fiduziarischen Geschäfte wurden erst durch das mächtige Emporsteigen des modernen Handelsverkehrs ins Leben gerufen. Erst mit dem Wachsen des Handels tauchten sie auf und verlangten rechtliche Berücksichtigung. Die Gesetzbücher erwähnen zwar nirgends diese fiduziarischen Geschäfte, daß sie aber auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zulässig sind, das folgt im allgemeinen

[2]) Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrbuch Bd. XVI, S. 140.

[3]) Arndts, § 365, Note I.

[4]) Windscheid, Pandekten I, § 224, Note II.

[5]) Werthauer, a. a. O. Dreyer, Das fiduziarische Rechtsgeschäft in Gruchots Beiträgen, Bd. 40. Lang, Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte im Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 83. Wienstein, Bemerkungen zum Begriff des fiduziarischen „Rechtsgeschäftes“. Gruchots Beiträge, Bd. 46, S. 241 ff.

aus der abstrakten Natur der Übertragung obligatorischer und dinglicher Rechte (s. namentlich §§ 398, 413, 873, 929 B.G.B.) und ergibt sich insbesondere für die Übertragung des Vollrechts zu bloßen Sicherungszwecken aus § 213, Abs. II, B.G.B. Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist daher, wenn es dem ernstlichen Willen der Parteien, sowie den sonstigen gesetzlichen Erfordernissen entspricht und ein Verbotsgesetz nicht verletzt (§ 138 B.G.B.) auch im neuen Rechte wirksam.

Über den Begriff der fiduziarischen Geschäfte, die sich uns in den verschiedenartigsten Gestaltungen zeigen, werden wir uns am besten durch einige Beispiele klar werden. Die am häufigsten vorkommenden Erscheinungen sind wohl:

1. A. überträgt dem B. eine Sache zu Eigentum, damit sie dieser in seinem Namen, aber für Rechnung des Übertragenden und zum Vorteil für den Übertragenden verkaufe. Dabei schließen die Beiden einen Nebenvertrag, dahin lautend, daß B. den durch den Verkauf erzielten Erlös an A. abliefern oder im Falle Nichtgelingens des Verkaufes die übergebene Sache zurückübertragen solle.
2. A. will eine Sache erwerben. Um aber das Erworbene vor dem Zugriff der Gläubiger zu sichern, läßt er nicht sich, sondern dem B. die neue Sache zu Eigentum übertragen, macht mit B. aber aus, daß er verpflichtet sei, sich jeder Verfügung über die neu erworbene Sache zu enthalten.
3. Zur Sicherung einer Forderung überträgt A. dem B. das Eigentum an Mobilien. Dabei treffen aber Beide die mündliche Abrede,

daß B. bei pünktlicher Zahlung die Mobilien wieder zurück zu übertragen habe. Es wird hier tradiert zum Zwecke der Verpfändung (traditio in securitatem).

4. A. tritt dem B. eine Forderung zu Eigentum ab mit der Nebenabrede, daß B. bei pünktlicher Zahlung die Rückübertragung vorzunehmen habe.

In sämtlichen angeführten Fällen haben wir immer zwei Verträge vor uns. In dem einen überträgt der Fiduziant seinem Vertragsgegner etwas zu Eigentum; und zwar will er diese Rechtswirkung ernstlich haben; daher ist auch die Ansicht Endemanns[6]), daß bei dem fiduziarischen Geschäft eine Divergenz zwischen der gewollten Rechtsnachfolge und den Wirkungen des vollzogenen Rechtsgeschäfts liegen soll, nicht zutreffend. In dem zweiten, dem obligatorischen Nebenvertrag verpflichtet sich der Fiduziar seinem Fiduzianten gegenüber, das auf ihn übergegangene Eigentum unter einer besonderen Voraussetzung wieder zurück zu übertragen[7]).

Das Gemeinsame bei den angeführten Beispielen ist, daß zur Erreichung ökonomischer Zwecke Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, deren Wirkung an und für sich eine weit größere als die beabsichtigte ist, daß wie Leist[8]) treffend bemerkt „ein Mißver-

[6]) Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 300.

[7]) In besonders klarer Weise hat Goltz in seiner Abhandlung: „Das fiduziarische Rechtsgeschäft“ die beiden Bestandteile des fiduziarischen Geschäfts gegenüber gestellt. „Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist zusammengesetzt aus einem positiv dinglichen, verbunden mit einem negativ-obligatorischen Vertrag.“

[8]) Leist, Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, S. 79.

hältnis zwischen Zweck und Mittel besteht". Es wird dem einen Kontrahenten eine freiere Stellung eingeräumt, als eigentlich zur Verwirklichung des fiduziarischen Zweckes notwendig ist. Der Fiduziant überträgt auf den Fiduziar volles Eigentum, baut aber dabei auf die Ehrlichkeit des letzteren, daß dieser das ihm eingeräumte Recht nur in den Grenzen der ihm durch die Nebenabrede auferlegten Beschränkung ausüben werde. Und eben darin, dass der Fiduziar die ihm eingeräumte freiere Stellung nicht den Bestimmungen der obligatorischen Nebenabrede zuwider ausnützen solle, liegt die Fiduzia, das Vertrauen des Fiduzianten auf die Loyalität seines Gegenkontrahenten. Wenn der Fiduziant, um seine Zwecke zu erreichen, dem Fiduziar Eigentum überträgt, so muß er sich auch darauf gefaßt machen, daß der Fiduziar das ihm zustehende eigene Recht für seine eigenen Zwecke ausübt. Diese vertragswidrige Ausübung von Seite des Fiduziars ist daher keine Untreue, wie Werthauer[9]) meinte, da ja der Fiduziar in Wahrheit Eigentümer ist. In diesem Fall steht dem Fiduzianten höchstens ein Schadensersatzanspruch zu gegen seinen Fiduziar, da dieser entgegen dem obligatorischen Vertrag seine Stellung zum Schaden des Fiduzianten ausnützte.

Wenn man nun auch den Fiduziar meistens als Eigentümer anerkannte, so war man hinsichtlich dieses Eigentums doch vielfach geteilter Ansicht, indem man hauptsächlich betonte, das Eigentum des Fiduziars, das sogen. „fiduziarische Eigentum" sei eine besondere Art von Eigentum. Denn der Fiduziar

[9]) A. a. O. S. 660.

sei ja in der Ausübung seines Eigentums beschränkt und das widerspreche dem Wesen des vollen Eigentums. Doch hiegegen ist zu bemerken: Der Fiduziar ist allerdings durch den obligatorischen Nebenvertrag in seiner vollen Verfügung über die Sache beschränkt, aber diese Beschränkung ist keine derartige, daß an dem Wesen des Eigentums etwas geändert werden kann. Denn die Nebenabrede zwischen den beiden Kontrahenten, die den Fiduziar ja nur obligatorisch seinem Fiduzianten gegenüber verpflichtet, kann der dinglichen Natur des Eigentumsüberganges nicht im Wege stehen. Er kann mit der ihm übertragenen Sache anfangen, was er will und seine Handlungen sind rechtlich vollwirksam, nur macht er sich dann dem Fiduzianten gegenüber in Rücksicht auf den obligatorischen Vertrag ersatzpflichtig, eventuell straffällig.

Dernburg[10]) nimmt hier eine Teilung des Eigentums vor; der Fiduziar erhalte nur nach außen die Stellung des Eigentümers einer Sache oder Gläubigers einer Forderung, wodurch er die volle Legitimation zur Geltendmachung des Rechts erhalte, nach innen bleibe er bloßer Bevollmächtigter, die Sache oder Forderung sei für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde. Doch ist diese Ansicht als unzutreffend zu verwerfen und mit Recht bezeichnet Lang[11]) „ein solches relatives Eigentum als eine juristische Unmöglichkeit. Ist dem Fiduziar das Eigentum an der Sache oder der Forderung übertragen worden, so ist er eben Eigentümer überhaupt gegenüber jedermann.

[10]) Pandekten I, S. 236, Anm. 9.

[11]) A. a. O. S. 343/344.

Es dürfte demnach die richtige Ansicht die sein, die auch heute von den meisten vertreten wird. Der Fiduziar ist Eigentümer geworden. Als solcher hat er alle Rechte wie ein sonstiger Eigentümer auch, insbesondere kann er mit der ihm zu Eigentum übertragenen Sache beginnen, was er will, nur hat der Fiduziant auf Grund des obligatorischen Nebenvertrages das Recht, sich wegen des durch den Fiduziar getauschten Vertrauens und des ihm dadurch eventuell entstandenen Schadens an den Fiduziar zu halten.

§ 3.

Unterschied der fiduziarischen von ähnlichen Rechtsgeschäften.

Früher erblickte man in den fiduziarischen Rechtsgeschäften nichts anderes als simulierte, verschleierte Geschäfte und hauptsächlich die Praxis hat sich hier für Annahme der Simulation erklärt[1]). Bei Betrachtung der einzelnen Bestandteile des fiduziarischen Geschäftes bezweifelt man die Ernstlichkeit der Absicht der beiden Parteien, das Eigentum auf den Fiduziar zu übertragen, denn den Parteien komme es auf den Eigentumsübergang gar nicht an. Sie übertrügen nur deshalb Eigentum, weil sie sich dazu gezwungen sehen, wenn sie den durch das ganze Geschäft bezweckten Erfolg haben wollten. Daher sei der Eigentumsübergang nur zum Scheine da, und das fiduziarische Geschäft sei infolgedessen ein simuliertes. Wenn nun diese Absicht, welche unter den Begriff der

[1]) Seuff. Archiv Bd. VII, Nr. 349, IX, 68; XII, 190; XVIII, 163; XIX, 65, XX, 257; XXI, 189; XXII, 162, 163, 164, 165, 166 u. a.; siehe auch Entscheidungen Bd. I, S. 169, 276; IV, 191; VI, 44.

Simulation jede Inkongruenz des gewollten materiellen Verhältnisses und der durch den Erklärungsakt begründeten wie gewollten Rechtswirkungen[2]) stellt, nach den Ausführungen Kohlers[3]), Regelsbergers[4]) und Hellwigs[5]) als widerlegt bezeichnet werden darf, so ist es nötig, bei der Frage der Abgrenzung der fiduziarischen von anderen ähnlichen Rechtsgeschäften auf die eben erwähnte Streitfrage näher einzugehen, nachdem ja auch heute noch sich Ansichten finden, die das fiduziarische Geschäft als eine Simulation betrachten[6]).

Was ist Simulation?

Regelsberger[7]) definiert die Simulation: „Wer ein Rechtsgeschäft simuliert, nimmt ein der äußeren Erscheinung nach auf eine bestimmte rechtliche Wirkung gerichtetes Geschäft vor, ohne den Willen, diese rechtliche Wirkung herbeizuführen, aber in der Absicht, in Anderen die Meinung von der wirklichen Errichtung dieses Geschäftes zu erwecken. Simulieren heißt daher das erklärte Rechtsgeschäft nicht wollen, heißt aber nicht notwendig, überhaupt kein Rechtsgeschäft wollen", und Windscheid[8]) versteht unter Simulation „Die Erklärung eines nicht gewollten Willensinhalts, welches jemand zu dem Ende vornimmt,

---

[2]) R.O.H.G. VI, 8, 10; Seuff. Archiv 27, Nr. 252.

[3]) Kohler, a. a. O. S. 149ff.

[4]) A. a. O. S. 170ff. u. Endemanns Jahrbuch des Handelsrechtes II, S. 409ff. (1889).

[5]) Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragungen zur Sicherung einer Forderung im Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 64, S. 369ff., insbes. 375ff.

[6]) Dreyer, a. a. O. S. 233ff.

[7]) A. a. O. S. 171 und Pandekten, § 139, Ziff. II a, 3, S. 509.

[8]) Lehrbuch des Pandektenrechtes, 7. Aufl., Bd. I, S. 197.

um nach außen den Schein eines Rechtsgeschäftes hervorzurufen". Savigny[9]) versteht darunter die gemeinschaftliche Willenserklärung mehrerer, die darüber einverstanden sind, ihrer Erklärung eine andere als die gewöhnliche Bedeutung zu geben und nach Unger[10]) ist sie eine Erklärung, welche den wahren Willen nicht enthält, der aber dieser Schein gegeben wird.

Ein Beispiel möge auch hier zum besseren Verständnis beitragen.

Um vor dem Zugriff der Gläubiger sicher zu sein, überträgt A. seinem Freunde B. sein ganzes Mobiliar zu Eigentum. Gleichzeitig oder auch vorher oder nachher trifft er mit B. aber die geheime Abrede, daß B. nicht Eigentümer des Mobiliars werden, daß vielmehr er selbst Eigentümer bleiben sollte. Die Eigentumsübertragung solle nur Schein sein, damit die Gläubiger getäuscht durch den scheinbaren Eigentumsübergang ihm nichts anhaben könnten.

Zerlegen wir nun ein solches simuliertes Rechtsgeschäft, so finden wir zwei Erklärungen. Durch die eine wird die andere oder der Erfolg der anderen aufgehoben. Durch die zweite Erklärung wird das Rechtsgeschäft zu einem simulierten gemacht. Die Kontrahenten geben also eine auf Begründung irgend eines Rechtsgeschäftes abzielende Erklärung übereinstimmend ab, welche auch nach außen hin volle Geltung zu haben scheint. Andererseits aber sind sich die Parteien darüber einig, daß sie in Wahrheit dieses Geschäft nicht wollen, nur geben sie diese zweite Erklärung unter einer Maske ab, so daß anderen dieser

[9]) System des römischen Privatrechts, Bd. III, S. 362.

[10]) System des österreich. Privatrechts, Bd. II (4. Aufl.), S. 119.

zweite Konsens verborgen bleibt. Diese Nebenabrede nun für die beiden Kontrahenten bestimmt, verhindert die Wirkung der Eigentumsübertragung, die gar nicht gewollt ist. Die sich aus dem ersten Vertrag und der Nebenabrede ergebende Rechtswirkung ist also nichtig, da sie ja in ihrem vollen Umfang nicht gewollt ist und auch nicht in ausreichender Form erklärt ist. Es ist deshalb das zwischen den Parteien geschlossene simulierte Geschäft nicht gültig. Dann ist aber noch wesentlich beim simulierten Rechtsgeschäft, daß die Parteien jemand täuschen, d. h. bei Dritten falsche Vorstellungen über das abgeschlossene Rechtsgeschäft hervorrufen wollen, denn dann werden diese simulierten Geschäfte ja nur geschlossen. Und zwar muß dieser zu Täuschende ein außerhalb des Vertrages stehender Dritter sein, denn es gibt, wie Wolff[1]) richtig anführt, auch Scheingeschäfte ohne Täuschungsabsicht, wie z. B. manzipatio, die Hingabe des Hausknechtes ins mancipium u. s. f.

Nach obigen Erörterungen dürfte folgende Definition für die Simulation richtig sein. „Als simuliert ist ein Rechtsgeschäft dann anzusehen, wenn die dabei beteiligten Personen absichtlich, um einen anderen zu täuschen, eine mit ihrem wahren Willen nicht übereinstimmende Erklärung abgeben, sodaß dieselben, obschon sie äußerlich einen Willen erklären, doch den Inhalt der Erklärung und die hieran sich anknüpfenden Folgen im Ernst nicht wollen."

Wenn wir nun die beiden Geschäfte, das simulierte mit dem fiduziarischen vergleichen, so wer-

[1]) Wolff, Das Vollmissionament im Interessenrecht. Berlin 1907, S. 11, f.A.

den wir allerdings eine gewisse Ähnlichkeit zwischen beiden herausfinden, indem wir beide Geschäfte in nicht gleichheitliche Erklärungen zerlegen können. Beim simulierten Geschäft nun ist der erste Vertrag gar nicht gewollt, wohl aber ist er erklärt, während der zweite wohl gewollt, aber nicht — wenigstens der Außenwelt gegenüber — erklärt ist[12]). Ganz anders ist aber das Verhältnis zwischen Wille und Erklärung beim fiduziarischen Rechtsgeschäft. Hier deckt sich insofern die Erklärung mit dem Willen, als die Rechtsfolgen gewollt sind, auf welche die Erklärung hinweist. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß der aus dem Geschäft Berechtigte sein Recht nur zu einem bestimmten Zweck ausüben werde. Hier ist also im Gegensatz zur Simulation das abgeschlossene Geschäft ernstlich gewollt und es kann deshalb auch hier von einer Täuschungsabsicht der Parteien Dritten gegenüber nicht gesprochen werden.

Weiter ist vom fiduziarischen Rechtsgeschäft wohl zu unterscheiden, ein ihm allerdings sehr nahe stehendes Rechtsgebilde, nämlich der rechtsgeschäftliche Schleichweg (agere in fraudem legis). Beispiele hierfür bilden der verschleierte Zinswucher durch Feststellung einer hohen Konventionalstrafe für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung (L. 13 § 26 A.E.V. 19, 1) oder der Verkauf einer Sache an den ein Darlehen begehrenden Haussohn, damit dieser die Sache gleich wieder verkaufe, um auf diese Weise zu Geld zu kommen, da er kein Darlehen bekommen durfte (L. 3 § 3 ad S.C.Mac. 14, 6) oder drittens auch die Ausstellung eines Wechsels über eine Spielschuld.

---

[12]) Goltz, a. a. O. S. 5ff.

Hier soll durch das Rechtsgeschäft ein Erfolg erreicht werden, den das Gesetz überhaupt nicht oder doch nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Hier ist die offenbare Absicht, einen unerlaubten Zweck auf Umwegen zu erreichen.

Im Gegensatz zur Simulation liegt wie beim fiduziarischen Rechtsgeschäft, so auch bei dem rechtsgeschäftlichen Schleichweg ein vollständig d. h. ein mit allen seinen Wirkungen gewolltes, ernst gemeintes Geschäft vor. Man will den Erfolg wirklich, man will das Geschäft ganz so, wie es geschlossen wurde, d. h. mit allen an die gewählte Rechtsform sich knüpfenden angenehmen wie unangenehmen Konsequenzen. Beim fiduziarischen Rechtsgeschäft wie beim rechtsgeschäftlichen Schleichweg decken sich Wille und Erklärung des Handelnden vollständig und ebenso soll hier auch niemand getäuscht werden. Doch während das agere in fraudem legis nur zur Umgehung des Gesetzes dient, denn man will ja nur einen unerlaubten Zweck auf Umwegen erreichen, verfolgt das fiduziarische Rechtsgeschäft einen erlaubten Zweck, es ist hier nichts zu verheimlichen, es ist, wie Regelsberger sagt, ein Spiel mit offenen Karten.

II. Teil.

Das fiduziarische Indossament.

§ 4.

Ist das fiduziarische Indossament zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften zu rechnen?

Durch die bisherigen Erörterungen dürfte zur Genüge das Wesen und der Begriff des fiduziarischen

Rechtsgeschäfts, sowie dessen Abgrenzung von ähnlichen Rechtsgebilden klargestellt sein. Eine weitere Frage ist nun die, ob das Indossament, das nur zum Zwecke der Einkassierung gegeben wird, das sogen. fiduziarische Indossament, auch zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften gerechnet werden kann. Denn wenn man auch das fiduziarische Rechtsgeschäft als eine ganz besondere Art von Rechtsgeschäften anerkannte, so hielt man ein derartiges Geschäft als mit dem Wechselrecht unvereinbar. Man war und ist sich über die Natur des sogen. fiduziarischen Indossaments noch nicht einig geworden. Teils hielt man ein derartiges Indossament für unmöglich, indem man die Form des Indossaments entscheiden ließ und es also als ein gewöhnliches Vollindossament betrachtete, teils hielt man es für ein simuliertes Indossament, indem man mehr Gewicht auf die neben der Indossierung bestehende geheime Nebenabrede legte. Die Beantwortung unserer Frage wird uns durch ein Beispiel bedeutend erleichtert werden.

A. ist Inhaber eines fälligen Wechsels; aus mannigfachen Gründen, sei es wegen der örtlichen Entfernung vom Wechselschuldner, sei es, weil er befürchten muß, daß ihm, im Falle er selbst den Wechsel einklagt, der Wechselschuldner, der dann in der Lage ist, das Kausalverhältnis zwischen sich und dem Kläger in den Streit zu ziehen, Einreden entgegensetzt oder sei es, daß er sich aus sonstigen persönlichen Gründen scheut, die Wechselsumme selbst einzuklagen, überträgt A. diese Geltendmachung des Wechseleigentums einem Dritten. Er giriert deshalb den Wechsel seinem Bekannten oder Geschäftsfreund B., der vielleicht denselben Wohnsitz

wie der zu verklagende Wechselschuldner hat, damit dieser die Wechselsumme beim Wechselschuldner erhebe oder im Falle Nichtzahlens seitens des Schuldners gegen den Schuldner klagend vorgehe. Da also B. nichts anderes zu tun hat, als die Wechselsumme zu erheben event. einzuklagen, und diese nach Empfang an den A. abzuliefern, ist er nichts anderes als ein Bevollmächtigter des A. und es wäre daher genügend für diese Zwecke, wenn A. dem B. den Wechsel mittels Prokuraindossaments girieren würde gemäß Art. 17 W.O. Da nun aber, wie oben bereits erwähnt, diese Art der Girierung aus den bereits oben angegebenen Gründen in der Praxis der Kaufleute sich nicht großer Beliebtheit erfreut, überträgt A. dem B. den Wechsel durch gewöhnliches Vollindossament. B. soll also Eigentümer des Wechsels werden und nicht bloßer Prokuraindossatar, da sonst B. vielleicht die Einkassierung der Wechselsumme ablehnen würde, wenn er fürchten müßte, daß er mit einer Klage gegen den Wechselschuldner gar nicht durchdringen würde, da ihm ja dann dieser vielleicht begründete Einreden aus der Person seines Indossanten entgegensetzen könnte. Der Wechsel wird also B. zu Eigentum indossiert, aber dieser hat dafür kein Entgelt zu leisten, sondern er trifft mit seinem Indossanten eine geheime Nebenabrede in einem bei Übersendung des Wechsels anliegenden Brief, worin er sich dem A. gegenüber verpflichtet, daß er seine Stellung als Wechseleigentümer nicht mißbrauchen, sondern nur zur Einziehung der Wechselsumme benützen werde und daß er den einkassierten Betrag an A. abliefern eventuell bei Nichteingang des Geldes den Wechsel samt erhobenem Protest an A. zurückerstatten werde.

Betrachten wir nun dieses Beispiel, so werden wir auch hier genau wie bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft zwei nebeneinander laufende Verträge finden. In dem einen überträgt der Indossant den Wechsel dem Indossatar zu vollem Eigentum, der andere Vertrag bringt wieder eine kleine Einschränkung. In dem zweiten Vertrag verpflichtet sich der Indossatar persönlich seinem Indossanten gegenüber, von dem Wechseleigentum nur den ihm gestatteten Gebrauch zu machen. Auch hier haben wir es also mit einem Rechtsgeschäft zu tun, dessen Wirkung weit über das Ziel hinausschießt. Es baut auch hier der eine Kontrahent, der Indossant, auf die Ehrlichkeit seines Gegenkontrahenten, des Indossatars, daß dieser von dem ihm eingeräumten größeren Rechte nur in den Grenzen der ihm durch die Nebenabrede auferlegten Verpflichtung Gebrauch machen wird.

Aus obigem Beispiel ist also klar zu erkennen, daß das fiduziarische Indossament ein geradezu typisches Beispiel für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist und daß daher der Ausdruck „Fiduziarisches" Indossament vollauf berechtigt ist.

§ 5.

Wesen und Wirkung des Vollindossamentes und Unterschied vom Prokuraindossament.

Über die Frage, ob das Vollindossament auch wirklich Eigentum am Wechsel oder nur die Wechselgläubigerschaft oder das Recht der Geltendmachung der Wechselgläubigerschaft übertrage, bestehen vielfach Zweifel, welche trotz mannigfacher Erörterungen eine allgemein befriedigende Lösung noch

nicht gefunden haben. Gleich hier sei bemerkt, daß ein Unterschied zwischen gewöhnlichem Giro und Blankogiro nicht gemacht wird; beide sind ihrem rechtlichen Wesen nach einander völlig gleich, unterliegen daher auch der gleichen Beurteilung und Behandlung.

Zur Beurteilung unserer Frage dürfte es notwendig sein, auf das Wesen und die Wirkung des Vollindossaments näher einzugehen.

Werthauer[1]) führt aus, das Indossament sei wie alle wechselrechtlichen Geschäfte ein formelles Rechtsgeschäft, das wirkende Element des formellen Rechtsgeschäfts sei dessen Form und entscheidend über seine Form und Wirkung seien naturgemäß nur Sätze des formellen Rechts.

In gleicher Weise und mit gleicher Entschiedenheit hat sich auch R. Koch[2]) für die Formalaktstheorie ausgesprochen. Koch setzt das Indossament in Gegensatz zur Cession. Das Indossament ist nach ihm ein Formalakt oder ein Formalvertrag. Der nackte Wille, zu indossieren auf dem Papier verkörpert, genüge, um die Wirkungen des Indossaments hervorzubringen. Die äußere Rechtfertigung dieses Willens sei entbehrlich. Das Indossament entnehme seine Wirkungen wesentlich aus sich selbst. Mag man auch neben der schriftlichen Erklärung auf dem Wechsel einen Begebungsvertrag annehmen, so komme dieser doch nur insofern in Betracht, als er aus dem im Besitze des Indossatars befindlichen Papiere hervorgehe. Der Wille, die Wirkungen des Indossaments

[1]) A. a. O. S. 616.

[2]) „Der Inkassomandator unter der Maske des Indossaments.“ Siebenhaars Archiv Bd. XV, S. 270ff.

in der Person des Indossatars hervortreten zu lassen, bedürfe keines Beweises und selbst ein Gegenbeweis berühre höchstens das unmittelbare Verhältnis des Indossanten zum Indossatar etc.

Den extremsten Standpunkt in dieser Richtung vertritt Gelpke[3]), indem er erklärt, nur auf Form und Inhalt der eingeklagten Wechselerklärung komme es an: alles außerhalb derselben stehende sei durchaus unerheblich. „Die Wechselverpflichtung sei nach der rechtlichen Natur des Wechsels, als eines eigentümlichen, lediglich in der Form, selbständig und unabhängig von der Ursache seiner Entstehung lebenden Inhaberpapiers, in ihrer Rechtsbeständigkeit und Wirkung aus dem Wechsel selbst zu bestimmen[4])."

Diese Ansichten dürften aber sämtlich zu verwerfen sein, sie betonen zu sehr die formale Natur des Indossaments. Denn hat der Indossant einen formell gültigen Indossierungsvermerk auf den Wechsel gesetzt, so ist damit noch nicht der Indossierungsakt vollendet. Es muß auch noch ein rechtsgültiger Begebungsvertrag hinzukommen. Damit nun der durch die Indossierung rechtlichen Wirkungen erreicht wird, muß zwischen dem Indossanten und dem Indossatar ein Vertrag zustande kommen, der die Übertragung des Wechsels zum Inhalt hat, der insbesondere dokumentiert, welches Recht am Wechsel übergehen soll. Auch wird kein rechtswirksamer Übergang hergestellt

Art. 10 der Wechselordnung lautet: „Durch das Indossament gehen die Rechte aus dem Wechsel auf

[3]) „Die Einrede der Simulation ist im Wechselprozeß niemals zulässig" in seiner Zeitschrift für Handelsrecht. Heft I. S. 138 ff.

[4]) A. a. O. S. 142.

den Indossatar über.“ Worin aber die Rechtshandlung, durch welche der Indossant den Übergang des Wechsels auf den Indossatar bewirkt, besteht, bezw. welchen Anteil der Indossatar an dem Akt der Indossierung nehmen muß, darüber bestimmt die Wechselordnung nichts und gehen in Theorie und Praxis die Meinungen weit auseinander.

Staub, Bernstein, Rehbein und Gareis[5]) verlangen bei der Indossierung einen rechtsgiltigen Begebungsvertrag. Der Begebungsvertrag ist derjenige Vertrag, durch dessen Schließung die Parteien eine der gesetzlich möglichen Wirkungen des Indossaments erreichen wollen. Er besteht lediglich darin, daß der Indossant den Willen hat, an den Indossatar zu indossieren und dieser mit übereinstimmendem Willen das Papier nimmt. Welche Rechtswirkung dieser Parteiwille durch das Indossament erreichen will, das ist eben der Inhalt des Vertrages.

Ebenso erachtet das Reichsgericht[6]) einen solchen Begebungsvertrag für notwendig, im Gegensatz zu Grünhut und K. Lehmann, die hierin eine andere Ansicht haben, die jedoch in den praktischen Konsequenzen zu demselben Resultat kommen.

Grünhut[7]) als Vertreter der sogen. Redlichkeitstheorie hält gutgläubigen Besitz des Wechsels für ausschlaggebend.

Hiegegen fordert K. Lehmann[8]), der zu den Anhängern der sogen. Eigentumsverschaffungstheorie

[5]) Vgl. Staub, S. 49—50; Bernstein, S. 76, § 2, 2; Rehbein, S. 44; Gareis, S. 824; auch Jacobi, S. 230, 249.

[6]) Entsch. Bd. II, S. 90; Bd. V, S. 84; Bd. XXXV, S. 76.

[7]) Grünhut I, S. 284—286.

[8]) Lehmann, S. 486—487.

zählt, zur Rechtswirksamkeit des Indossaments keinen Vertrag, sondern nur einen einseitigen[9]) Rechtsakt. Er verlangt, daß der Indossant einen zur Übertragung des Eigentums am Wechsel geeigneten Rechtsakt vornimmt und daß der Indossatar das Eigentum am Wechselbriefe erwirbt[10]).

Im völligen Gegensatz zur Begebungsvertragstheorie befindet sich Kuntze[11]) mit seiner Kreationstheorie. Er behauptet, das Indossament sei seiner rechtlichen Natur nach ein einseitiges Rechtsgeschäft. Der Mitwirkung derjenigen Personen, welche Rechte hierdurch erwerben sollen, bedürfe es zur Rechtsgültigkeit des Indossierungsaktes nicht. Kuntze legt also auf die Redlichkeit des Besitzers gar kein Gewicht.

Diese Kreationstheorie ist jedoch völlig zu verwerfen. Denn nach ihr entsteht die Wechselobligation vollwirksam, auch wenn die Urkunde aus den Händen des Ausstellers gestohlen ist, wenn nur der Dieb der durch den Wechsel Legitimierte ist. Es wäre dies jedoch ein den Grundsätzen über Treu und Glauben widersprechender Standpunkt, wenn ein solcher Dieb trotzdem den Wechsel geltend machen könnte.

---

[9]) Vgl. K. Lehmann, S. 277. Auch die sogen. Emmissionstheorie Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts III, S. 106—109 löst den Vertrag in seine zwei Bestandteile auf, in die Emmissionsfortgabe, und die Aneignung, und verlangt demnach zur Rechtswirksamkeit des Indossaments nur eine einseitige Handlung des Indossanten, die Fortgabe mit dem Entäußerungswillen, zum Erwerb durch den Indossatar den Besitzergreifungswillen, vgl. Stobbe I c, § 171, Anm. 21 am Ende und S. 204. Ihm hat sich auch Windscheid angeschlossen. Ähnlich Gierke, Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 29, S. 257.

[10]) Vgl. auch Anm. 14 zu S. 487.

[11]) Kuntze-Brachmann, Wechselrecht S. 159.

Die natürlichste und nächstliegende Theorie ist unseres Erachtens die Begebungsvertragstheorie. Wie der Vertrag überhaupt die normale Entstehungsform für Obligationen bildet, so ist er auch nötig, wenn jemand eine verbriefte Forderung auf einen anderen überträgt. Der Übergang muß von Beiden gewollt sein. Daß hier die Übertragung mittels einer auf das Papier gesetzten, kurzen Erklärung bewirkt wird, ändert — lediglich eine kaufmännische Erleichterung beim Übergange verbriefter Rechte — an der Notwendigkeit, daß auch hier die allgemeinen Voraussetzungen, die zur Übertragung einer Forderung oder eines Rechts gehören, vorliegen müssen, nichts. Ist ein gültiger Begebungsvertrag nicht vorhanden oder ist er nichtig, so ist das Indossament unwirksam[12]).

Das Indossament dient zur Übertragung von Rechten, die in dem Wechsel verbrieft sind. Diese Eigenschaft des Indossaments nennt man die Transportfunktion, und hierin besteht eben hauptsächlich das Wesen des Indossaments, den Übergang von Rechten zu bewirken.

Über die Transportfunktion des Indossaments bestand aber wieder ein heftiger Streit, und auch heute haben sich die Meinungen über diese Funktion des Indossaments noch nicht geeinigt.

Nach der einen Ansicht[13]) bewirkt das Indossament den Eigentumsübergang.

Die andere Ansicht[14]) sieht in ihm nur ein Mittel

[12]) Vgl. R.G. Bd. XXXV, S. 76 und R.O.H.G. Bd. XXV, S. 66.

[13]) Diese Ansicht ist heute auch die herrschende, siehe das Reichsgericht, Goldschmidt, Wulff, Bernstein.

[14]) Thöl, Kohler, Werthauer.

zur Übertragung des Forderungsrechtes, des Gläubigerrechtes an der Wechselforderung.

Art. 10 der Wechselordnung lautet: „Durch das Indossament gehen alle Rechte auf den Indossatar über.“ Ist also der Begebungsvertrag und das Indossament vollgültig, so bewirkt dies den Übergang sämtlicher Rechte auf den Indossatar und der Indossatar erwirbt also von Gesetzes wegen alle Rechte aus dem Papier. Damit aber diese Wirkung eintritt, damit der Indossatar aus dem Wechsel berechtigt werden kann, muß der Indossant, der diese Rechte übertragen will, auch selbst berechtigt sein. Abgesehen nun vom Aussteller und vom Remittenten, deren Berechtigung sich aus dem Wechsel direkt ergibt, wird der Inhaber eines Wechsels gemäß Art. 36 W.O. durch eine zusammenhängende, bis auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimiert. Kraft gesetzlicher Fiktion gilt er als Wechseleigentümer, eines Nachweises, seiner Berechtigung bedarf es nicht. Da aber die gesetzliche Vermutung widerlegbar ist, so steht nichts im Wege, daß der Schuldner die zur Widerlegung des gesetzlich vermuteten Eigentums geeigneten Behauptungen aufstellt. Selbstverständlich obliegt ihm auch der Beweis für seine Behauptungen. Das Gesetz unterscheidet also hier zwischen Legitimation und Eigentum. Legitimiert ist z. B. der Finder eines Blankowechsels, aber nicht berechtigt. Als Legitimierter hat er das Recht, den Wechsel weiter zu indossieren und der neue Indossatar wird durch einen rechtsgiltigen Erwerb vom Nichtberechtigten vollberechtigter Wechseleigentümer, sofern er beim Erwerb nicht im schlechten Glauben war. Denn zur

Entstehung einer Wechselforderung ist auch redlicher Erwerb des Wechsels durch den Indossatar vorausgesetzt. Dies entspricht auch dem Willen des Schuldners. Wenn für ihn eine Verpflichtung durch den Erwerb des Wechsels seitens des Indossatars entstehen soll, so will er vernünftigerweise nur dem redlichen Erwerber verbunden sein. Der redliche Erwerb ist dann gegeben, wenn der Erwerber den Erwerbstitel des Rechtsvorgängers nicht kennt und ihm auch Umstände, welche einen strafbaren oder rechtsungültigen Erwerb des Indossanten nahe legen, nicht bekannt sind, nicht natürlich dann, wenn ihm solche Umstände nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind.

Durch das Indossament wird also der legitimierte Wechselinhaber, wenn er den Wechsel gutgläubig erworben hat, Wechselgläubiger. Eine andere Frage ist nun die, ob dieser Indossatar auch Wechseleigentümer ist. Und hier hilft Art. 74 W.O. Es genügt, daß der Indossatar einen rechtlich anerkannten Vertragswillen hat und den Indossanten für den Eigentümer und den Verfügungsberechtigten hält, um auf Grund dieses guten Glaubens vollen Eigentumserwerb zu begründen, denn Art. 74 W.O. bestimmt, daß der Besitzer eines Wechsels zur Herausgabe desselben nur dann angehalten werden kann, wenn er den Wechsel im bösen Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Aus dieser Bestimmung folgt aber, daß der redliche Erwerber des Wechsels Eigentümer desselben wird. Denn wenn dem gutgläubigen Erwerber, sofern er gemäß Art. 36 legitimiert ist, von dem ehemaligen Eigentümer der Wechsel im

Wege der Vindikation nicht mehr abgenommen werden kann, so hat der Letztere eben das Eigentum verloren und der Indossatar ist Eigentümer geworden.

Damit dürfte das Resultat gewonnen sein, daß nämlich der Indossatar durch das Vollindossament Eigentümer und Wechselgläubiger geworden ist. Das Recht an dem Wechsel fällt mit dem Recht aus der Wechselurkunde zusammen. Wer Wechselgläubiger geworden ist, ist auch Eigentümer, nicht aber umgekehrt.

Daß der Indossatar durch das Vollgiro Wechseleigentümer wird, ergibt sich auch durch argumentum e contrario aus Art. 17 u. Art. 10 WO. Denn Art. 17, der die Feststellung bringt, daß das Prokuragiro nicht Eigentum am Wechsel überträgt, nötigt doch zu dem Rückschluß darauf, daß die andere Art des Indossaments, das Vollindossament, eben diese Wirkung ausübt, also Eigentum überträgt.

Fuß[15]), der im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht eine derartige dingliche Wirkung des Indossaments nicht anerkennt, hält auch ein solches argumentum e contrario für sehr gefährlich. Er behauptet, es sei nur mit Vorsicht anzuwenden und könne hier nicht verwertet werden, da ihm positive Bestimmungen entgegenstünden oder entgegen zu stehen schienen. Fuß meint mit den positiven Bestimmungen den Art. 9 der W.O. Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, daß noch andere Stellen die aus Art. 17 abgeleitete Schlußfolgerung als zutreffend erscheinen lassen und daß die Ausdrucksweise des betreffenden Artikels derart neutral gehalten

---

[15]) Fuß, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, S. 92.

ist, daß es nicht ausgeschlossen erscheint, daß auch an anderen Orten noch genauer die Wirkung der Indossierung auf den Vollindossatar ausgesprochen wird.

Eine andere in neuerer Zeit hauptsächlich von Wieland[16]) und Gunz[17]) vertretene Ansicht entscheidet sich wohl für die dingliche Wirkung des Vollgiros, nimmt aber die Möglichkeit einer Trennung von Eigentum und Gläubigerschaft an. Während gemäß Art. 74 der gutgläubige Erwerb nach Wechselrecht Eigentumsrecht gewähre, habe er für den Gläubiger nach Artikel 82 W.O. nur Einfluß auf die Beschaffenheit des von ihm bereits nach Zivilrecht erworbenen Gläubigerrechts. Der Indossatar könne recht wohl Eigentümer des Wechsels werden und trotzdem der Indossant forderungsberechtigt bleiben.

Doch auch diese Ansicht ist zu verwerfen, denn bei einer derartigen Trennung von Eigentum und Gläubigerschaft kann es vorkommen, daß der Indossant, der Eigentümer war und trotz der Girierung an einen gutgläubigen Erwerber nach den besonderen Umständen noch Gläubiger geblieben ist, durch Art. 74 an der Vindikation des Wechsels gehindert und damit auch von der selbständigen Geltendmachung seines Forderungsrechtes gemäß Art. 39 W.O. ausgeschlossen ist, daß andererseits der Indossatar, der nicht Gläubiger ist, gewärtig sein muß, daß seine Klage abgewiesen wird, wenn der Mangel des materiellen Rechts von dem Wechselschuldner aufgedeckt wird. Dadurch würde die Durchführung des Wechselrechts gänzlich

[16]) „Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen.“ Basel 1901, S. 301.

[17]) „Das Vollgiro zu Inkassozwecken,“ S. 203ff.

vereitelt werden. Jakobi[18]) sagt dazu: „es wäre sinn- und zwecklos, die Vindikation gegen den gutgläubigen legitimierten Besitzer auszuschließen, wenn dieser nichts von dem Wechsel hätte. Das Gesetz hat ihm offenbar die Gläubigerschaft zusprechen wollen."

Eine solche Trennung macht also nicht nur die Geltendmachung des Gläubigerrechts unmöglich, sondern sie ist selbst unmöglich. Denn wenn der Indossatar die Wechselsumme einklagt, so tut er dies eben, weil er an den Wechselschuldner einen Anspruch hat, weil er forderungsberechtigt ist. Das Forderungsrecht hat aber nur der Eigentümer des Wechsels. Forderungsrecht und Eigentum machen notwendig das Recht des Vollindossatars aus.

Im Gegensatz zum Vollindossament macht das einfache Prokuraindossament den Indossatar nicht zum Eigentümer. Denn nach Art. 17 W.O. überträgt, wie oben bereits bemerkt wurde, das Prokuraindossament das Eigentum am Wechsel nicht. Hier erteilt der Indossant nur die Ermächtigung zum Handeln in seinem Interesse, zur Einziehung der Wechselforderung, Protesterhebung und Benachrichtigung des Vormannes seines Indossanten von der unterbliebenen Zahlung, sowie zur Einklagung der nicht bezahlten und zur Erhebung der deponierten Wechselschuld. Der Prokuraindossatar kann den Wechsel zwar auch weiter indossieren, aber nur durch Prokuraindossament.

[18]) „Die Wertpapiere im bürgerl. Recht des deutschen Reichs. Jena 1901, S. 41.

§ 6.

Die Einreden gegen die Wechselforderung.

Will der Indossant das Wechseleigentum auf den Indossatar übertragen, so tritt die eben besprochene Transportfunktion des Indossaments in Kraft. Es gehen also sämtliche Rechte aus dem Wechsel voll und ganz auf den gutgläubigen Indossatar über. Dieser ist dadurch in eine Rechtsstellung gerückt, die von Einreden, die dem Wechselschuldner gegenüber dem Indossanten persönlich zustehen, nicht angegriffen werden kann. Denn der Wechselschuldner kann nach Art. 82 W.O. nur solche Einwendungen vorbringen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder die ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Steht also der Wechselbeklagte nur durch den Wechsel in rechtlicher Beziehung zum Wechselkläger, so können die Einwendungen lediglich diesem Verhältnis und den rechtlichen Bestimmungen über den Wechsel d. i. dem Wechselrecht entnommen werden, weil nur die hier niedergelegten rechtlichen Bestimmungen das Rechtsverhältnis beherrschen. Steht der Wechselbeklagte zu dem Wechselkläger noch in anderen rechtlichen Beziehungen, so können die Einwendungen auch diesen rechtlichen Beziehungen entnommen werden. Nicht jeder Wechselbeklagte kann sämtliche Einwendungen aus dem Wechselrecht vorschützen, sondern nur die ihm zustehenden und jede Einrede wirkt nur in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem jeweiligen Kläger und Beklagten.

Für das Recht der Einreden ergibt sich also im Zusammenhalt mit der Tatsache, daß durch keine ge-

setzliche Bestimmung die Geltendmachung von Gegenforderungen, welche dem Wechselschuldner gegen den Wechselkläger aus anderen Rechtsverhältnissen erwachsen sind, gehindert wird, folgendes:

I. Jeder Wechselbeklagte kann gegenüber jedem Wechselkläger die aus den Formvorschriften des Wechselrechts fließenden Einreden geltend machen.

II. Jeder Wechselbeklagte kann gegenüber jedem Wechselkläger den Mangel seiner Haftung für die formell richtige Scriptur geltend machen.

III. Jeder Wechselbeklagte kann die Legitimation und den redlichen Erwerb, insbesondere auch den Titel des jeweiligen Klägers bestreiten.

IV. Jeder Wechselbeklagte kann die Einreden geltend machen, welche gemäß der zwischen ihm und dem Kläger bei der Begebung getroffenen Vereinbarung oder aus sonstigen Rechtsverhältnissen ihm gegen den Kläger erwachsen sind.

Da nun also der Wechselschuldner gemäß Art. 82 W.O. sich nur solcher Einreden bedienen darf, die aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, also Einwendungen aus der Person des Vormannes ausgeschlossen sind, so wäre eine Indossierung durch Vollindossament, aber mit der geheimen Nebenabrede, dass der Indossatar die eingeklagte Wechselsumme an den Indossanten abliefern muß, also das sogen. fiduziarische Indossament, ein praktisches Mittel, um auch Wechselforderungen zweifelhaften Ursprungs zu verwerten. Denn der Indossatar, dem der Wechsel durch Vollindossament giriert worden ist, ist als Eigentümer des Wechsels legitimiert. Er klagt also die Wechselsumme in seinem eigenen Namen ein. Ihm

gegenüber kann sich der Wechselschuldner nicht mehr auf die ursprüngliche Grundlage der Wechselforderung berufen, denn der Art. 82 schließt ja in der zweiten Satzhälfte Einwendungen aus der Person des Vormannes aus, während sich der Indossant die Einreden aus dem zwischen ihm und dem Wechselschuldner bestehenden Verhältnisse, z. B. Einreden der Zahlung, des Vergleichs, der Stundung, der Kompensation, der noch nicht bestehenden Schuld, hätte gefallen lassen müssen; andererseits kommt er doch in den Besitz der Wechselsumme, die ihm ja der Indossator gemäß der fiduziarischen Nebenabrede nach der Einkassierung abliefern muß.

Da sich infolge dieses Umstandes viele Mißbräuche entwickelten, gab man dem Wechselschuldner verschiedene Einreden gegenüber dem einklagenden Indossatar. Denn man hielt das fiduziarische Indossament teils für simuliert und gewährte dann eine Einrede der Simulation oder man sah in der Erteilung eines solchen Indossamentes ein doloses Handeln des Indossatars, des Indossanten oder beider zugleich. Über diese Frage nun besteht seit Jahrzehnten eine mit Eifer erörterte Controverse und ist es nötig, auf diese Streitfrage näher einzugehen.

§ 7.

Ist das fiduziarische Indossament ein simuliertes zu nennen?

Zu erwähnen sind hier zuerst diejenigen, die im fiduziarischen Indossament nichts anderes als eine Simulation erblicken, so z. B. Engländer [1]) und Laden-

[1]) Archiv für Wechselrecht, N. F., Bd. V, S. 27 ff.

burg [2]). In neuerer Zeit ist es hauptsächlich Dreyer [3]) in seinen Ausführungen über das fiduziarische Rechtsgeschäft, der das fiduziarische Indossament für nichts anderes als eine Simulation hält, da der wahre durch das Vollgiro nur verdeckte Sachverhalt dem Vollgiratar eine Stellung anweise, die sich eben mit der eines solchen nicht decke.

Es ist daher zuerst die Frage zu beantworten, ob denn eine Simulation im Wechselrecht überhaupt möglich sei, denn man war früher größtenteils [4]) der Meinung, daß das formelle Wechselrecht eine Simulation gar nicht zulasse. Es entscheide der nackte auf dem Papiere verkörperte Wille zu indossieren. Für den Inhalt des Wechselgeschäftes sei die Form maßgebend. Diese Frage ist nun meist schon dahin gelöst worden, daß eine Simulation im Wechselrecht sehr wohl zu denken ist. Denn wenn auch das Wechselrecht ein formelles Recht ist, so ist doch, wie oben bereits nachgewiesen wurde, immer der Wille der Parteien neben der Form maßgebend. Und wie gleichfalls schon oben gezeigt wurde, überträgt nicht das Vollindossament allein, sondern nur der Eigentumsübertragungswille in Verbindung mit der Form des Vollindossaments das Eigentum. So stellt sich Regelsberger [5]) zu dieser Frage, indem er sagt: „auch bei

[2]) In Buschs Archiv, N. F., Bd. IV, S. 28ff.

[3]) Gruchots Beiträge, Bd. XL, S. 233ff.

[4]) Wächter, Wechselrecht, S. 238; Hartmann, Wechselrecht, S. 524; Werthauer, a. a. O. S. 628; Koch, Archiv für Wechselrecht, Bd. XV, S. 283ff.; Koch, Wechselrecht, S. 312ff., Renaud 202; Jolly im Archiv 5, S. 72, Wolff, ebenda 15, S. 153ff., Goldschmidt 28, S. 82; Lehmann, S. 485, Anm. 12; Dungs bei Gruchot Bd. XXXII, S. 33.

[5]) „Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession I. Die Geltend-

Wechselgeschäften ist für den rechtlichen Gehalt des Akts die schriftliche Erklärung nicht allein maßgebend". Gleich ihm hält auch de Fontenay[6]) die Simulation im Wechselrecht für durchaus möglich, tadelt die Ansicht, welche die Möglichkeit eines simulierten Giros leugnet. Er spricht sich darüber folgendermaßen aus: „Ist in der Indossierung eines Wechsels ein Eigentumsübertragungsvertrag enthalten, so muß im Falle eines Widerspruches zwischen Wille und Erklärung der erste gelten, nicht das geschriebene Wort. So wollen es allgemeine Rechtsgrundsätze und daß es im Wechselverkehr anders sein sollte, ist in der Wechselordnung nicht gesagt, es folgt dies auch nicht aus dem Wesen des Wechselinstituts und ist im Zweifel nicht anzunehmen bei Rechtsgeschäften, wobei es, wie durchweg im Wechsel- und Handelsverkehr auf Treu und Glauben ankommt."

Eine weitere Frage ist die, wie denn eine Simulation im Wechselrecht zu denken sei. Auch diese Frage beantwortet de Fontenay[7]). Zum Beweise einer Simulation müsse eine bestimmte Vereinbarung des Inhalts dargetan werden, daß das Wechseleigentum bei dem Indossanten zurückbleiben solle. Diese Erklärung muß aber eine ausdrückliche sein, da ja wie im § 5 nachgewiesen ist, das Vollindossament zum Eigentümer macht und es nötig ist, daß der entgegengesetzte Wille der Parteien ganz unzweideutig klar-

machung der rechtlichen Mängel des Cessionsvorganges durch den Schuldner." Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. XIII, N. F., S. 157 ff.

[6]) „Die Wechselforderung hat ihren Grund in einem Vertrage" in Goldschmidts Zeitschrift, N. F., Bd. III, S. 33 ff.

[7]) A. a. O. S. 157 ff.

gestellt wird. Im Gegensatz zu Bernstein[8]) und einem Erkenntnis des Dresdener Oberappelationsgerichts vom 14. Oktober 1869[9]), die im Zweifel ein simuliertes, kein fiduziarisches Indossament annehmen und welch letzterem hauptsächlich es zum Beweise der Simulation genügt, daß der Indossatar die eingehende Zahlung an den Indossanten wie ein Beauftragter abliefern soll und der Vertrag der Giroparteien keine ausdrückliche Andeutung einer auf den Eigentumsübergang gerichteten Absicht enthält, ist also im Zweifel in einem dem Wechselvertrag zugefügten Nebenvertrag keine Simulation zu erblicken.

Dann ist hier zu bemerken: Beim Wechselrecht als formellem Recht ist das erste Erfordernis, daß die wechselrechtliche Form gewahrt wird. Aber dazu muß auch noch der Wille kommen, denn die Form vermag den Willen nicht zu ersetzen. Beim fiduziarischen Indossament stimmt aber mit der Form des Vollindossaments der Wille überein, nämlich das Eigentum zu übertragen. Und daß beim fiduziarischen Indossament der Eigentumsübertragungswille unzweifelhaft vorhanden ist, ist klar zu erkennen aus den Erörterungen des § 4.

Damit dürfte die Ansicht derer widerlegt sein, die im fiduziarischen Indossament eine Simulation erblicken. Und heute ist man meist, so namentlich de Fontenay[10]) und Grünhut[11]) dahin gelangt,

[8]) Kommentar zur Allgemeinen deutschen Wechselordnung. Breslau 1896.

[9]) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Bd. XXXIV, S. 120ff.

[10]) A. a. O.

[11]) Wechselrecht, Bd. II, Leipzig 1895, vgl. 143 ff.

wohl zu unterscheiden das fiduziarische Indossament von einem simulierten, oder wie es Grünhut nennt, von dem Scheingiro. Und während man bei letzterem, bei dem nach der Absicht der Parteien das Eigentum nicht auf den Intossatar übergeht, sondern bei dem Indossanten verbleibt, dem Wechselschuldner immer eine Einrede der Simulation gab, wodurch die Legitimation des Klägers bestritten wurde, suchte man die ungünstige Lage des Wechselschuldners beim Vorliegen des fiduziarischen Indossaments durch eine andere Einrede zu verbessern.

Man suchte nämlich dem Wechselschuldner dadurch zu helfen, daß man von dem Gedanken ausging, das formelle Recht eines Gläubigers sei, wie Steinblink[12]) sich ausdrückt, materielles Unrecht. Denn, nachdem Werthauer, der das wirkende Element des formellen Rechtsgeschäftes in dessen Form erblickt[13]) und nach dessen Ansicht auch für das Indossament lediglich seine Form in Betracht kommt, ohne Nachfolger blieb, darf man wohl annehmen, daß jetzt allgemein das selbständige Recht des Indossatars als Ausfluß des Prinzips von Treu und Glauben erklärt wird, das im Handelsverkehr einer besonders frei gestalteten Entfaltung bedarf und auch fähig ist; im Gebrauch der Form des Indossaments findet man keinen vernünftigen Entstehungsgrund des Rechtes des Indossatars, sondern man sucht diesen in praktischen Erwägungen der Geschäftschließenden, die in der Anwendung der wechselrechtlichen Formen einen typischen Ausdruck finden. Diese Argumentation ge-

[12]) Steinblinck: Das fiduziarische Indossament.
[13]) Werthauer, a. a. O. S. 617.

stattet den weiteren, im Rahmen der Formaltheorie unzulässigen Schritt, in den Fällen eines Widerspruches zwischen dem Gebot der bona fides gegenüber dem Wechselschuldner und dem Ergebnis der strikten Ausbeutung des Indossamentsinstituts eine Abhilfe mit dem Rechtsmittel zu schaffen, das im römischen Recht als exceptio doli gebildet wurde.

§ 8.

Die Einrede des Dolus und die bona fides im Wechselrecht.

Über die Zulässigkeit der Einrede des Dolus besteht eigentlich kein Zweifel. Wohl alle Meinungen gehen dahin, daß hierin ein Mittel gefunden sei, um den mit den Einreden ex persona indossantis nicht direkt angreifbaren Indossatar auf diese Weise in die Rechtssphäre seines Indossanten zu rücken. Eine große Uneinigkeit, die in dogmatischen Schwierigkeiten wohl begründet, jedoch auch wesentlich von der Rücksicht auf die Praxis, die in dieser Einrede ein allzeit handliches Mittel sieht, abhängig ist, bestand und besteht noch darüber, worin der dolus zu erblicken sei.

Übergangen werden kann die Ansicht derer, die in der Erteilung eines fiduziarischen Indossaments eine Simulation und in der durch die Simulation herbeigeführten Verschleierung einen Dolus erblicken. Denn es ist in den §§ 4 und 7 nachgewiesen, daß beim fiduziarischen Indossament von einer Simulation keine Rede sein kann. Aber selbst, wenn diese Simulation vorläge, so kann doch nicht in jeder Simulation eine dolose Gesinnung erblickt werden. Und dann ist das Zurückgreifen auf eine Simulation gar nicht nötig, da ja ein doloses Handeln auch bei

fiduziarischen oder bei anderen ganz ernstlich gemeinten Geschäften auftreten kann.

Übereinstimmend nun verlangt man eine Arglist auf Seite des Indossatars; diese wird aber in verschiedenen Momenten gefunden.

Die einen sehen in dem Verhalten des Indossatars deshalb ein doloses Handeln, weil er die Wechselforderung einklage, ohne daß er ein eigenes Interesse an der Wechselforderung habe; denn er solle das Geld nicht für sich behalten, sondern an den Indossanten abliefern. Der Indossatar würde nur vorgeschoben, um einen ungerechtfertigten Anspruch zur Verwirklichung zu bringen. Er bereichere durch sein Mitwirken den Indossanten ganz ungerechtfertigt, was gegen Treu und Glauben verstoße, und mache sich dadurch einer dolosen Handlung schuldig[1]). Daher müsse er sich auch Einreden aus der Person seines Indossanten, in dessen ausschließlichem Interesse er handle, gefallen lassen. Ebenso verlangt das Reichsgericht[2]) in mehreren Entscheidungen ein Interesse des Indossatars, das dieser an der Geltendmachung der Forderung haben müsse.

Dieser Ansicht ist jedoch entgegen zu halten, daß der Indossatar durch Vollindossament Eigentümer der Wechselforderung geworden ist. Durch die Zahlung des Wechselschuldners wird also zunächst er bereichert, aber nicht ungerechtfertigt[3]). Was der Indossatar mit dem Gelde später noch anfängt, ist für unsere

[1]) Regelsberger, a. a. O. S. 190; Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XIII, S. 258.

[2]) R.G. Bd. XXIII, S. 125, XXXII, S. 129; vgl. auch Seufferts Archiv, Bd. XXII, Nr. 165; Dreyer, a. a. O. S. 465.

[3]) Anderer Meinung Regelsberger, a. a. O. S. 192.

Frage ohne Belang. Als Eigentümer des Wechsels und Forderungsberechtigter hat er aber auch ein rechtliches Interesse, diese Forderung geltend zu machen. Als Mandatar wäre sein Interesse auch nicht größer und doch würde sein Interesse niemand bestreiten können. Deshalb ist auch der Versuch Grünhuts[4]), der nachzuweisen bezweckt, daß der Indossatar deshalb ein Interesse an der Forderung habe, da ihm meist ein Anspruch auf Provision zustehe, oder er den Erlös zur Aufrechnung benützen könne, nicht nötig. Für uns ist aber die ganze Frage betreffend des Interesses ohne jede Bedeutung. Der Indossatar ist durch das Indossament Eigentümer geworden. Wenn er dann die Forderung geltend macht, so übt er ein Recht aus, das ihm von dem Gesetz erlaubt ist.

Eine weitere Ansicht geht dahin, daß in dem Verhalten des Indossatars insofern ein Dolus zu erachten sei, als er sein formales Recht mißbrauche, um materielles Unrecht zu üben bezw. üben zu helfen. Der Dolus sei nicht bloß im Erwerb, sondern überhaupt in der Geltendmachung der Wechselforderung enthalten. Aber auch dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Denn von einem Mißbrauch der Form kann hier nicht gesprochen werden, da jeder Mißbrauch, wie Kohler treffend bemerkt, sich in der Anwendung eines Mittels entweder contra naturam sui generis, gegen das demselben eigentümliche Wesen oder gegen ausdrückliche Vorschriften kennzeichnet. Weder das eine noch das andere trifft aber hier zu. Denn die Indossierung bezweckt die Übertragung einer Wechselforderung. Durch den Übergang gehen aber dem

---

[4]) Wechselrecht Bd. II, S. 146.

Wechselschuldner alle Einreden, die nicht aus dem Wechsel selbst hervorgehen, sondern ihm dem Indossanten gegenüber persönlich zustehen, verloren. Bedient sich nun der Indossant dieses Mittels, um sich seiner Wechselforderung zu entledigen und läßt der Indossatar solche Einreden nicht gegen sich gelten, so haben sie nichts anderes getan, als lediglich von der eigenartigen Natur des Indossamentes Gebrauch gemacht; von einem Mißbrauch des Indossamentes kann daher nicht die Rede sein.

Die Anhänger dieser beiden Ansichten erblicken also den Dolus des Indossatars darin, daß er ohne eigenes Interesse klagend dem Wechselschuldner durch seine formelle Wechselgläubigerposition Einreden gegen den Indossanten abschneidet, ganz einerlei, ob er sie beim Erwerb des Wechsels kannte oder nicht. Hier haben sich aber wieder zwei verschiedene Meinungen gebildet. Während die eine Gruppe einen Dolus des Indossatars nur dann für vorliegend erachtet, wenn dieser das Vorhandensein von Einreden schon beim Erwerb des Wechsels kannte, ist es für die andere Gruppe ganz gleichgültig, wann der Indossatar diese Kenntnis erlangt hat. Sie erblicken einen Dolus schon darin allein, daß der Indossatar die Wechselsumme einklagt, obwohl er weiß, daß dem Wechselschuldner Einreden gegen den Indossanten zustehen, einerlei, ob er davon bereits bei Begebung des Wechsels, vor oder erst während des Prozesses erfahren hat. Am charakteristischsten äußert sich dieser Standpunkt in der mehrfach genannten Kohlerschen Abhandlung, in der die Anwendung einer exceptio doli generalis in rein opportunistischer Weise begründet wird. Es sei ein über jede juristische Formgebung erhabenes

Postulat der Gerechtigkeit, daß der Indossant nicht auf einem Umwege von einem Wechselschuldner Leistungen erzwingen dürfe, dessen Verbindlichkeit ihm gegenüber bereits gelöscht und erledigt sei. Das wäre aber hier (nämlich bei dem verdeckten Inkassogiro zur Einredenabschneidung) der Fall; der Indossatar zöge die Forderung nur ein, um das wirtschaftliche Resultat dem Indossanten zukommen zu lassen und dieser erhalte aus dem Vermögen des Schuldners auf einem Umwege, was ihm nicht gebühre. Ein solches Zweckbestreben sei ein unredliches vom Recht verpöntes und deshalb könne ihm der Schuldner entgegentreten, möge zu seiner Verwirklichung eine Form gewählt sein, welche auch immer wolle. Das Organ, der Apparat dieses gerechten Widerspruches sei die exceptio doli. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Indossatar beim Wechselerwerbe von jenen Einreden Kenntnis hatte oder nicht, da er nicht in eigenem, sondern in fremdem Interesse handle, mithin das spätere Auftreten unerwarteter Einreden ihm in seinen berechtigten Interessen nicht verletzen könne.

Auch Regelsberger gewährt dem Wechselschuldner das von Kohler benutzte Mittel der exceptio doli, das sich aus der Stellung des fiduziarischen Indossatars als selbständigen Vertreters fremder Interessen ergebe. Als solcher habe er nur formell alle Rechte des Wechseleigentümers, bewirke jedoch unter Umständen materiell bei ihrer Anwendung einen objektiv widerrechtlichen Erfolg, wenn er mit seinem scheinbaren Eigenrecht die aus der Person des Vormannes sich ergebenden Einreden bekämpfen wolle. Daher erblickt Regelsberger auch eine Unredlichkeit in

der bloßen Verläugnung der Vertreterstellung und gewährt gegen sie eine Doluseinrede.

Im gleichem Umfange gewährt auch Rehbein[5]) und Dernburg[6]) dem Wechselschuldner eine exceptio doli. Für sie ist es aber ganz gleichgültig, wann der Indossatar von den Einreden, die dem Wechselschuldner gegen den Indossanten zustehen, Kenntnis erlangt hat. Sie erblicken eine Arglist darin, daß der Indossatar ein Recht seines Indossanten, von dessen Ungrund er spätestens im Prozess Kenntnis erhält, in eigenem Namen einklagt. In ähnlicher Weise präzisiert Grünhut[7]), der seine Substanzierung des einredebegründenden Dolus etwas enger faßt. Er setzt immerhin eine bewußte Kollusion des Fiduzianten und Fiduziars voraus, ohne daß aber der letztere bereits bei der Verabredung des fiduziarischen Giros Kenntnis vom tatsächlichen Bestehen von Einreden haben müßte. Der Indossatar, der erst hinterher von der begründeten Einwendung gegenüber der Forderung des Indossanten Kenntnis erhalte, müsse erkennen, daß er dazu mitwirkt, durch Mißbrauch seiner formellen Rechtsstellung als Indossatar dem Indossanten eine ihm nicht gebührende Bereicherung zum Nachteil des Wechselschuldners zuzuführen.

Auf demselben Standpunkt steht jetzt das Reichsgericht[8]). Und hier ist besonders zu erwähnen das Erkenntnis vom 14. November 1883[9]), das den Kläger

[5]) Kommentar zur Wechselordnung, Berlin 1900, 6. Aufl. Anm. 30, 31 zu Art. 9—17.

[6]) „Das Bürgerliche Recht“ II, 2, S. 284.

[7]) A. a. O. S. 147.

[8]) Entscheidungen, Bd. IV, 101; Bd. XXIII, 124.

[9]) Entscheidungen, Bd. XI, S. 9.

als eine vorgeschobene Person für Rechnung und im Interesse seines Indossanten bezeichnet. Dasselbe Erkenntnis führt weiter aus: Wenn auch der Kläger selbst in dem Falle, daß ihm der Wechsel nur behufs Einziehung für Rechnung des Indossanten indossiert und übergeben worden, als durch eigentliches (Blanko) Indossament legitimierter Wechselinhaber Wechselgläubiger und als im eigenen Namen klagend Prozeßpartei sei, und auch der Umstand, daß der Wechsel ihm nur zur Einziehung für Rechnung des Indossanten übergeben worden ist, den Einwand der Simulation des eigentlichen Indossamentes nicht begründe, so könne doch gegen ihn, wenn er beim Erwerbe des Wechsels dolos handelte, indem er wußte, daß er als Werkzeug dazu dienen solle, einen unbegründeten Anspruch des Indossanten geltend zu machen und dem Wechselschuldner begründete Einreden abzuschneiden, die Einrede der Arglist geltend gemacht werden. Es treffe ihn aber der Vorwurf arglistigen Verfahrens auch dann, wenn er vor Anstellung der Wechselklage oder auch erst im Laufe des Prozesses die von dem Wechselschuldner gegen den Indossanten in Anspruch genommenen Einreden erfahre und das ihm zustehende formelle Recht dazu mißbrauche, die Geltendmachung der Einreden kraft seiner eigenen wechselrechtlichen Legitimation lediglich zum Vorteil des Indossanten und zum Nachteile des Wechselschuldners zu verhindern.

Ebensolche Begründungen bieten auch die Erkenntnisse vom 27. III. 1885[10]), vom 17. X. 1888[11]),

---

[10]) Goldschmidts Zeitschrift, XXXI, S. 282.

[11]) R.G. XXIII, S. 124—125.

vom 4. III. 1891[12]), vom 3. III. 1894[13]) und vom 3. III. 1894[14]). Namentlich wird überall betont, daß die Einrede nur gegen den Vertreter einseitig fremder Interessen zu gewähren sei, da nur in diesem Fall mit der Form Mißbrauch getrieben werde.

Die Anhänger der eben besprochenen Ansichten erblicken alle den Dolus des Indossatars lediglich darin, daß der Indossatar auf Grund des fiduziarischen Indossaments klagt, da er angeblich dadurch gegen die bona fides verstoße. Denn er habe den Wechsel nicht in der durch das Indossament angegebenen Weise erworben, sondern er sei tatsächlich bloßer Mandatar. Sie erblicken also den Dolus in Tatsachen, die in Wahrheit vom Rechte erlaubt und gebilligt sind.

Durch diese Ansichten werden der mala fides wieder Rechtswirkungen beigelegt und der fiduziarische Indossatar der auf Grund richtigen Begebungsvertrages Volleigentümer des Wechsels geworden ist, wird der Rechtsvorteile beraubt, die Art. 36 und 74 der Wechselordnung dem Wechselgläubiger bieten, welcher doch gerade, weil aus dem formalsten Papier berechtigt, der Skriptur unbedingt trauen soll.

Hienach genügt zur Begründung der exceptio doli gegen den klagenden Indossatar ein nicht genau substanziiertes Wissen, daß dem Schuldner durch das fiduziarische Indossament Einreden abgeschnitten werden sollen.

Doch eine derartige Anwendung einer solchen exceptio doli generalis, wie sie vom römischen Recht

---

[12]) R.G. XXVII, 128ff.
[13]) Bolze, XVIII, 186.
[14]) R.G. XXXII, 125.

geschaffen wurde, um dem Richter zu ermöglichen, durch Anwendung des billigen, den Lebensbedürfnissen angepaßten ius gentium das starre Zivilrecht zu mildern, gibt es heute nicht; seitdem wir ein bewegliches, den Verhältnissen Rechnung tragendes Recht haben, brauchen wir diese allgemeine, unsubstanziierte Einrede, die doch schließlich nur ein notwendiges Übel war, nicht mehr; an ihre Stelle treten im konkreten Falle bestimmte Einwendungen mit substanziiertem Tatbestande.

Neben Wulff[15]), der die vom Reichsgericht vertretene exceptio doli generalis, die zur Anerkennung der Einreden ex persona indossantis führt, auch wenn diese der Indossatar erst nach Wechselerwerb erfährt, mit Rücksicht auf das Prinzip der bona fides bekämpft, da ja in der Geltendmachung eines wohlerworbenen Rechtes kein dolus liege, ist es hauptsächlich von Lang[16]), der eine exceptio doli generalis für ungerechtfertigt und bedenklich in ihren Folgen erklärt. Er gibt als richtig an, daß es ein doloses Handeln des Indossanten ist, wenn er indossiert, um ihm bekannten und zwar als begründet bekannten Einreden des Schuldners auszuweichen, und den gleichen Vorwurf macht er dem Indossatar, wenn dieser im Zeitpunkt der Wechselbegebung von der Stichhaltigkeit der ihm bekannten Einreden überzeugt war und den Umständen nach überzeugt sein mußte. Dagegen kann sich von Lang nicht damit einverstanden erklären, daß man schon das als arglistig bezeichnet, wenn der gutgläubige Cessionar oder Indossatar sich

---

[15]) Das Vollindossament zu Inkassozwecken, S. 103.

[16]) A. a. O. S. 336 ff.

ihm erst nachher, sogar erst im Laufe des Prozesses bekannt gewordene Einreden aus der Person des Cedenten oder Indossanten nicht entgegensetzen lassen will, denn es sei nicht immer in der Absicht des Cedenten oder Indossanten gelegen, ihm bereits als begründet bekannte Einreden des Schuldners abzuschneiden, viel häufiger beabsichtige wohl der Indossant, durch die Indossierung unbegründeten Einreden zuvorzukommen. In derselben Weise verwirft ein Erkenntnis des Oberhandelsgerichts[17]) eine exceptio doli dann, wenn der für Rechnung seines Indossanten klagende Giratar erst nach der Indossierung von den Einreden des Wechselschuldners Kenntnis erlangt hat. Der Indossatar habe keinen Beruf und keine Veranlassung, sich in genaue Nachforschungen über das obligatorische Verhältnis zwischen dem Indossanten und dem Wechselschuldner einzulassen. Das durch ein volles Indossament begründete rechtliche Verhältnis des Indossatars zu dem Wechselschuldner sei ein selbständiges und verliere diese Selbständigkeit dadurch nicht, daß zwischen dem Indossanten und dem Indossatar die den Wechselschuldner nicht berührende Abrede getroffen ist, daß der Indossatar den Anspruch nur für Rechnung des Indossanten verfolgen, dem Indossanten gegenüber die Pflichten eines Inkasso-Indossatars haben solle. Wenn diese Abrede nicht der Vorschrift des Art. 17 der Wechselordnung gemäß in dem Indossament selbst Ausdruck gefunden habe, so habe der Indossatar dem Wechselschuldner gegenüber alle Rechte als Eigentümer des Wechsels und der Wechselschuldner könne dem Indossatar die

[17]) Entscheidungen, Bd. VII, S. 252.

Einwendungen, welche in einer mit dem Indossanten getroffenen Abrede ihren Grund haben, nur im Falle eines Dolus des Indossatars entgegensetzen. Ein solcher Dolus werde aber dadurch allein, daß der Indossatar einmal von einer zwischen dem Indossanten und dem Wechselschuldner getroffenen Abrede Kunde erhalten habe, um so weniger begründet, da ja das obligatorische Verhältnis zwischen dem Indossanten und dem Wechselschuldner in der Zwischenzeit vielfache Änderungen, sei es durch anderweitige Abreden sei es durch sonstige Umstände, erfahren haben könne, zu deren Erforschung der Indossatar nicht berufen und verpflichtet sei.

Im Gegensatz zu den oben besprochenen Ansichten, die einen Dolus lediglich darin erblicken, daß der Indossatar trotz Kenntnis von dem Wechselschuldner gegen den Indossanten zustehenden Einreden die Wechselsumme einklagt, für die es aber ganz gleichgültig ist, zu welcher Zeit, ob bereits bei der Indossierung oder erst im Wechselprozess selbst, der Indossatar diese Kenntnis erlangt hat, steht eine andere, in der Praxis vielfach vertretene Ansicht, welche eine Einrede gegen den Indossatar nur dann für zulässig erklärt, wenn bei diesem eine Arglist vorliegt. Von einer solchen könne aber nur dann gesprochen werden, wenn der Indossatar bereits beim Erwerbe des Wechsels von Mängeln im Rechte seines Indossanten gewußt hatte, die durch sein Eintreten als Indossatar beseitigt werden sollen[18].) Denn habe der

---

[18]) W. Hartmann, Wechselr., S. 524; B. Hartmann, Wechselordn., Art. 10, Note 4, S. 68, 69; Borchardt, Allgemeine

Indossatar den Wechsel in gutem Glauben erworben, so sei er auch wirklicher Eigentümer und Wechselgläubiger geworden. Wenn er dann als ein solcher Eigentümer die Forderung geltend mache gegenüber dem Wechselschuldner, so sei dies sein gutes Recht und ein doloses Handeln sei hierin nicht zu finden. Etwas anderes sei es, wenn er bereits bei der Indossierung von dem mangelhaften Rechte seines Indossanten Kenntnis gehabt habe, dann müsse er sich Einreden aus der Person des Vormannes entgegensetzen lassen, dann handle er dolos, da er sich den Wechsel indossieren lasse, obwohl dadurch ein anderer geschädigt werden soll.

Diese Ansicht hat in der Judikatur das Obertribunal[19]) in Berlin seit 1857 in konstanter Praxis vertreten. So sagt ein Erkenntnis vom 22. Dezember 1857: „Zwar haben Verklagte nicht behauptet, daß dem Kläger die speziellen Einwendungen, welche sie in diesem Prozesse als ihnen gegen den Indossanten des Klägers zustehend dem Kläger entgegengesetzt haben, beim Erwerbe des Wechsels bekannt gewesen seien. Hierdurch ist aber auch der Dolus nicht bedingt, er ist vielmehr als vorhanden anzunehmen, wenn überhaupt Kläger und sein Vordermann bei dem Giro bezweckten, dem Verklagten durch dasselbe solche Einwendungen, durch welche diese der Wechselklage des Vormannes wirksam entgegentreten könnten,

---

W.O., S. 437 unter Nr. 28; Neumann, a. a. O. Bd. 34, N.F., Bd. 9; Regelsberger, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 63, S. 192; R.O. H.G., Bd. VIII, 332; X, 156; XXV, 18.

[19]) Siebenhaars Archiv, Bd. VII, S. 428 ff., Bd. VII, S. 440 ff.; B. Striethorst, Bd. XXVIII, S. 106, 9.

abzuschneiden, d. h. die Verklagten in ihren Rechten zu kränken."

Ein anderes Erkenntnis vom 30. September 1858 nimmt den gleichen Standpunkt ein. Nach ihm hat der Indossatar, der bei Erwerb des Wechsels von der bereits erfolgten Tilgung der Wechselschuld in Kenntnis gesetzt war, eine nicht mehr existierende Wechselforderung erworben. Er handle dolos, wenn er diese Wechselforderung, gestützt auf den alten (d. h. getilgten) Wechsel zur rechtlichen Geltung zu bringen suche.

Dabei bestehen aber wieder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der Indossatar diese Kenntnis von bestehenden Einreden vom Indossanten selbst erlangt haben müsse, oder ob es gleich sei, woher er diese Kenntnis habe, wenn er sie nur gehabt habe beim Erwerbe der Wechselforderung. Diese Frage kann nur dahin beantwortet werden, daß es im allgemeinen ganz gleichgültig ist, wie und woher der Indossatar diese Kenntnis erlangt hat. Zu verwerfen ist insbesondere die Ansicht derer, die verlangen, daß diese Kenntnis durch eine spezielle Mitteilung von seiten des Indossanten entstanden sein müsse, denn wollte man unter Umständen wirklich eine so detaillierte Mitteilung der tatsächlichen Grundlage der Einrede für erforderlich halten, so würde man sie damit ausschließen, man müßte denn unseren Wechselkläger oder Indossanten geradezu für blödsinnig halten; denn von einem auch nur einigermaßen mit gesundem Verstande begabten Menschen kann man doch nicht voraussetzen, daß, wenn er mit dem Indossament, sei es Eigentums-, sei es Prokuraindossament, den Zweck erreichen will, dem Wechselverklagten Einreden abzu-

schneiden, er dem Indossatar Mitteilungen machen wird, die diesen Zweck notwendig vereiteln müssen. Andererseits darf man auch nicht jede nur aus dem vorliegenden Tatbestand vermutete, im übrigen aber nicht klar nachgewiesene Kenntnis für ausreichend erachten, weil man sonst in weitgehender Anwendung des bona fides Prinzips in jeder unschuldigen Tatsache ein Kennen oder Kennenmüssen des Indossatars vermuten würde [20]).

Ferner ist man sich darüber noch nicht einig, ob dieser Dolus nur auf seiten des Indossatars vorhanden sein müsse [21]), oder ob es nötig sei, daß Indossatar und Indossant im gemeinsamen Einverständnis handeln [22]).

Die Antwort hierauf kann nur lauten, daß diese Kenntnis von bestehenden Einreden auf beiden Seiten vorliegen muß wie auch das Reichsoberhandelsgericht [23]) in mehreren Entscheidungen zur Begründung der Einrede verlangt, „daß Giratar und Girant im gemeinsamen Einverständnis das Giro zu dem Zweck vorgenommen hätten, um dem Beklagten eine von ihnen selbst für stichhaltig erkannte Einrede abzuschneiden.“ Die Kenntnis auf seiten des Indossatars allein kann keinen Dolus begründen: „Denn dem Indossatar kann doch das, was zwischen dem Indossanten und dem Schuldner schwebt, ganz gleichgültig sein, zumal er auch nicht weiß oder zu wissen braucht, ob sich die

---

[20]) Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft, S. 67.

[21]) Lang, a. a. O. S. 339, R.O.H.G. Bd. VI, S. 4; VII, 245; XV, 23; Seufferts Archiv, Bd. XVIII, Nr. 41a; Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XIII, 297.

[22]) R.O.H.G. Bd. VIII, S. 357; IV, 110; XIII, 261.

[23]) Entscheidungen, Bd. VI, S. 1, Bd. VIII, S. 357.

Beiden nicht wegen der verlorengehenden Einreden anderweitig geeinigt haben[24]). Von einem Dolus des Indossanten kann nicht gesprochen werden, wenn dieser gutgläubig den Wechsel dem Indossatar begibt, der vielleicht zufällig von bestehenden Einreden Kenntnis hat. Nachlässig handelt er nicht, da er weder das Recht noch die Pflicht hat, den Indossatar darnach zu fragen.

Es müssen also, wie gesagt, sowohl der Indossant wie der Indossatar bei der Indossierung Kenntnis von bestehenden Einreden haben. Das Reichsoberhandelsgericht geht aber in mehreren Entscheidungen[25]) noch weiter. Es läßt eine Einrede der Arglist aus der Person des Indossatars im Falle der bezweckten Einwandsbeschränkung nur dann zu, wenn sowohl dem Indossanten wie dem Indossatar die Einreden ihrem besonderen Inhalt nach beim Wechselerwerb bekannt geworden sind.

Andere Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts kommen zu dem Ergebnis, daß zur Begründung einer Einrede der Arglist erforderlich sei, einmal die Überzeugung des Indossanten, daß die Einrede des Wechselschuldners begründet sei; sodann die gleiche Überzeugung auf seiten des Indossatars; endlich die Zustimmung des Letzteren dazu, daß er als bloßes Werkzeug zu einer bewussten und beabsichtigten Vermögensbeschädigung gebraucht werde. In diesem Sinne spricht sich vornehmlich das Erkenntnis vom 23. Oktober 1872[26]) aus: „Zur Begründung der ex-

[24]) Goltz, a. a. O.

[25]) R.O.H.G. I, 172; V, 37; VI, 4; VIII, 133; X, 324; 391; XI, 111; XIII, 261; XV, 23; XXIII, 338; XXV, 302.

[26]) R.O.H.G. Bd. VII, 245 ff.

ceptio doli musste Verklagter überzeugend nachweisen, nicht nur, daß der Indossant überzeugt war, daß, falls er den Wechselanspruch gegen den Verklagten geltend mache, demselben begründete Einreden des Verklagten entgegenstehen würden, daß er also mit einer gegen den Verklagten zu erhebenden Wechselklage nicht durchdringen werde, sondern auch, daß eine gleiche Überzeugung von dem klagenden Indossatar gehegt wurde, daß also Kläger wußte, daß er als Werkzeug dazu dienen sollte, um einen unbegründeten Anspruch gegen den Verklagten für Klägers Rechnung zu verfolgen und dem Beklagten seine begründeten Einreden abzuschneiden."

Diese Auffassung nun des Reichsoberhandelsgerichts, welche ein genau spezialisiertes Wissen des Indossatars von den Einreden verlangt, legt dem Wechselschuldner eine allzu große Beweislast auf. Denn, wenn der Indossatar beim Wechselerwerbe überhaupt von Mängeln im Rechte seines Indossanten wußte, die durch sein Eintreten als Indossatar beseitigt werden sollten, so genügt dies doch, um den Einwand der Arglist in seiner Person zu begründen.

Unserer Ansicht nach ist die vom Oberhandelsgericht aufgestellte und von Wulff eingehend begründete Ansicht die richtige, daß dem Wechselschuldner dem fiduziarischen Indossatar gegenüber nur dann diese sogenannte exceptio doli zusteht, wenn diesem Arglist beim Wechselerwerbe nachgewiesen wird und daß diese Arglist in dem von beiden Parteien verfolgten Zwecke der Einwandsabschneidung zu suchen ist. Jedoch ist nicht erforderlich, daß der Indossatar beim Wechselerwerb die gegen seinen Indossanten begründeten Einreden spezialisiert gekannt zu haben

braucht, sondern es genügt zur Begründung der Einrede der Arglist der Nachweis, daß der Indossatar Kenntnis davon hatte, daß überhaupt Einreden gegen seinen Indossanten begründet waren.

Dritter Teil.

Verwertung der gewonnenen Resultate.

§ 9.

Die rechtliche Stellung des fiduziarischen Indossaments.

Das fiduziarische Indossament wird, wie oben [1]) bereits erwähnt, angewandt, teils aus Bequemlichkeitsgründen, indem man eben immer ein Vollindossament ausstellt, wenn auch zur Erreichung des Zweckes ein Prokuraindossament genügen würde, teils aus praktischen Erwägungen, um dem Indossanten die selbständige Prozeßführung etwa von einem entfernteren Orte aus zu ersparen, teils aus Unkenntnis von der Existenz des Prokuraindossaments oder endlich zur Vermeidung eines Mißtrauensvotums, das man in der Erteilung eines Prokuraindossaments seinem Geschäftsfreund gegenüber erblicken könnte.

Beim fiduziarischen Indossament ist [2]) der Wille der Parteien immer darauf gerichtet, daß das Eigentum übergehe und eben deshalb hat man nicht die Form des Prokuraindossaments, sondern die des Vollindossaments gewählt.

Wie aus den Erörterungen des § 5 [3]) hervorgeht,

---

[1]) S. oben S. 6.

[2]) S. oben S. 20 ff.

[3]) S. oben S. 22 ff.

überträgt das Vollindossament volles Eigentum und Gläubigerrecht nur dann, wenn der Indossant Eigentümer des Wechsels ist — solcher ist er aber als Remittent, Aussteller des Wechsels oder wenn er nach Art. 36 W.O. durch eine zusammenhängende, bis auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer legitimiert ist — oder wenn der Indossatar den Wechsel in gutem Glauben erwirbt. Diese bona fides ist aber in den meisten Fällen eines fiduziarischen Indossaments anzunehmen.

Obwohl nun der Fiduziant Eigentum übertragen will und obwohl durch die Form des Vollindossaments an den gutgläubigen Erwerber Eigentum übergeht, hat man doch die Eigentümerstellung des fiduziarischen Indossatars anders beurteilt als die eines gewöhnlichen Indossatars.

Man konstruierte dieses Eigentum dahin, daß man zwischen internem und externem Verhältnis unterschied, indem man den fiduziarischen Indossatar wohl Dritten gegenüber, nicht aber in seinem Verhältnis zu seinem Indossanten als vollen Eigentümer anerkannte. Über ein derartiges Rechtsinstitut mit gespaltener Wirkung ist wohl schon oben bei Behandlung des fiduziarischen Geschäfts im allgemeinen gesprochen worden, aber ich habe geglaubt, die hier erwähnten Ansichten im Anschluß an den wechselrechtlichen Teil behandeln zu müssen.

So weist Dernburg[4]) dem Indossatar nur nach außen eine Eigentümerstellung zu, betrachtet ihn aber im Verhältnis zum Indossanten als bloßen Bevollmächtigten ohne dingliche Rechte.

[4]) Pandekten I, 6. Aufl., Berlin 1900, S. 231.

In ähnlicher Weise heben zwei Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts [5]) die Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses nach innen und außen hervor. Das Erkenntnis vom 25. Januar 1872 legt der Vereinbarung, das in der reinen Form ausgestellte Indossament solle nur als Prokuraindossament gelten, im Verhältnis der beiden Kontrahenten zu Dritten keine Bedeutung bei, der Indossatar erscheine vielmehr Dritten gegenüber, möge nun die Vereinbarung gelautet haben, wie sie wolle, als berechtigter Wechselgläubiger. Dies erkläre sich daraus, daß sowohl für das reine Indossament als auch für das Prokuraindossament in den Art. 9—17 der A. D. W. O. bestimmte Formen angegeben sind, durch deren Wahl der Indossant den Umfang der mit dem Indossament verbundenen Rechte bestimme. Entscheide er sich für das reine Indossament, so räume er dem Indossatar dadurch dem Wechselschuldner gegenüber die Stellung des eigentlichen Wechselgläubigers ein. Die Verabredung, daß das Indossament nur die Wirkung eines Prokuraindossaments haben solle, habe nur nach innen, bloß im Verhältnis der Kontrahenten unter sich Rechtswirkung.

An die Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts erinnert Brunner[6]), wenn er von einem Dualismus spricht. Nach ihm ist nach außen formeller Gläubiger der Indossatar. Der legitimierte Destinatär könne von dem Moment ab, da er in den tatsächlichen Besitz der Papiere gelangt sei, die fällige Forderung

[5]) Entscheidungen, Bd. I, S. 168 ff.; Bd. V, S. 36 ff.

[6]) Die Wertpapiere: in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes, Bd. II, Leipzig 1882.

gegen den Schuldner geltend machen. Er erlange so durch das Papier im Verhältnis zum Schuldner die Stellung des Gläubigers. Materiell dagegen sei der Girant Gläubiger.

Nach Skonietzki[7]) geht im Falle der fiduziarischen Girierung das Eigentum nicht über, sondern dasselbe bleibt beim Indossanten; der Indossatar erwirbt nur ein selbständiges Dispositionsrecht, vermöge dessen er ohne Rücksicht auf den gänzlichen Mangel oder die beschränkte Wirksamkeit seines Eigentums die Forderung auf Dritte übertragen und gegen den Schuldner unbeschränkt in eigenem Namen ausüben darf.

Auch Dungs[8]) läßt das volle Eigentum nicht übergehen. „Dürfen wir weiter," führt er aus, „als Postulat aufstellen, es müsse derjenige der Herr über das Mittel sein, dessen Zweck eben dieses zu dienen bestimmt sei, so ergibt sich, daß auch rechtlich die Obligation dem angehört, dessen Zweck nach der Rechtsordnung durch dieselbe verwirklicht werden soll. Und dies auch dann, wenn er ein anderer ist als der, welcher formell betrachtet, Gläubiger der Forderung, die letztere geltend zu machen befugt ist. Dieser hat alsdann das Forderungsrecht, jenem gehört sie der Substanz nach an, er ist — um den bezeichnenden Ausdruck des preußischen Gesetzbuches zu gebrauchen — der Eigentümer des Rechts."

---

[7]) „Die Umbildung des handelsrechtlichen Indossaments zu einer allgemeinen Vollzugsform für die Übertragung verbriefter Forderungsrechte", in Gruchots Beiträgen, Jahrg. 29 (1885), S. 210 ff.

[8]) Über die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung; in Gruchots Beiträgen, Jahrg. 32 (1889), S. 8 ff.

Eine andere Art der Eigentumsteilung bei dem fiduziarischen Indossament nimmt de Jonge[9]) an, der in ihm ein relatives Vollindossament sieht, das nach außen absolut als Voll-, nach innen relativ als Prokuraindossament wirkt. „Das objektiv bestehende Eigentumsrecht am Wechsel habe nicht ein einziges Subjekt, sondern ein Doppelsubjekt, mehrere Eigentümer, nicht in dem Sinne, daß das Recht geteilt wäre, mehreren Miteigentümern zustände; geteilt sind nach de Jonge nur die Richtungen, in denen es wirkt; nach außen in absoluter Richtung gegen jeden Dritten, ist der Indossatar Eigentümer, nach innen im relativen Verhältnis zwischen Indossatar und Indossant ist dieser Eigentümer, jener Detentor."

Eine derartige Teilung des Eigentums ist aber, wie oben bereits bemerkt[10]), zu verwerfen. Denn das Eigentum ist unteilbar und ein relatives Eigentum, das nach innen und außen verschiedene Wirkungen zeigt, gibt es nicht. Eine derartige Unterscheidung stößt gegen die Fundamentalsätze unseres Rechts[11]).

Auch die Ansicht Dungs' und Skonietzkis kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Denn erstens läßt das Vollindossament an den gutgläubigen Indossatar Eigentum übergehen und dann beabsichtigen ja die Parteien auch selbst einen derartigen Eigentumsübergang.

Wieland hält den fiduziarischen zwar für den Wechseleigentümer, spricht ihm aber die Gläubigereigenschaft ab, indem er betont, daß der fiduziarische

[9]) Das stille Prokuraindossament, Berlin 1888.

[10]) S. oben S. 14.

[11]) Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XVI, S. 539, und ebendaselbst S. 646.

Indossatar in fremdem Interesse handle. Da ihm also ein schutzwürdiges Interesse fehle, sei er auch nicht forderungsberechtigt, denn ohne dieses könnten auch abstrakte Forderungsrechte nicht entstehen.

Zur Kritik dieser Ansicht möchte es genügen, wenn auf die im § 5 enthaltene Untersuchung verwiesen wird.

Der Indossatar wird vielmehr Eigentümer und seine etwaige Verpflichtung aus dem Vertrage nach erfolgter Bezahlung der Wechselsumme ist nur obligatorisch: er kann sein Recht mißbrauchen und wenn er dies tut, ist das Geschehene gültig, er aber ersatzpflichtig[12]).

Dieselbe Auffassung vertritt auch Kohler[13]), der den Indossatar als einzigen und vollkommenen Gläubiger der Forderung betrachtet und diesem die Rechtsmacht zugesteht, voll und unbeschränkt über den Wechsel zu verfügen, mögen die Abreden mit dem Indossanten lauten, wie sie wollen, ein Vollindossament bewirke eben wahres und eigentliches Gläubigerrecht. Kohler schließt aus der Verpflichtung des Schuldners, an den Indossatar und nur an diesen zu zahlen, daß eben nur der Giratar wahrer und wirklicher Gläubiger ist.

Auf dem Boden dieses Begriffs steht auch konsequent die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Verschiedene Entscheidungen des Reichsgerichts lassen deutlich die Ansicht erkennen, daß der Indossatar alleiniger Wechseleigentümer nach jeder Richtung hin ist. Ein Erkenntnis vom 4. März 1891[14]) spricht sich

[12]) Lang, a. a. O. S. 337.

[13]) A. a. O. S. 91ff.; 325ff.

[14]) Entscheidungen, Bd. XXVII, S. 128ff.

näher über diesen Punkt aus. Klage ein nach Art. 36 W.O. legitimierter Wechselinhaber, so trete er als Eigentümer des Wechsels auf und könne nur als solcher auftreten. Und umgekehrt sei der Vollindossatar Eigentümer, auch wenn er nach einer Vereinbarung mit dem Indossanten nur dessen Bevollmächtigter sein sollte. Im letzteren Fall könne also der Vollindossatar bei Geltendmachung des Wechsels nicht als Vertreter des Vormannes auftreten, denn die Übertragung des Eigentums schließe nicht die Bevollmächtigung zur Ausübung einzelner aus dem Eigentum fließender Rechte in sich und der Vormann habe mit der Übertragung des vollindossierten Wechsels alle seine Rechte aus dem Wechsel übertragen.

In besonders eingehender Erörterung hat das Urteil vom 9. April 1872[15]) die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts begründet: „Wendet er die einfachere und stärkere Form an, so hat er auch die stärkere Wirkung rechtlich gewollt. Der Indossatar wird somit Eigentümer und Wechselgläubiger und macht im eigenen Namen seine Rechte geltend, gleichwie er durch weiteres Indossament alle skripturmäßigen Rechte aus dem Wechsel, nicht nur die Rechte seines Autors überträgt." Damit vertrage sich ein Einkassierungsmandat recht wohl „denn es steht rechtlich nichts im Wege, für einen beschränkten Zweck ein über denselben hinausgreifendes Mittel zu wählen"[16]). Der Gebrauch des stärkeren Mittels zieht für und gegen die Beteiligten alle Rechtsfolgen nach sich, welche sich an das stärkere Mittel knüpfen; nur im

[15]) Entscheidungen, Bd. VI, S. 44 ff.

[16]) A. a. O. S. 55.

Wege der nachfolgenden Ausgleichung zwischen den Beteiligten gelangt indirekt die zwischen ihnen getroffene Übereinkunft zur Verwirklichung. Den dritten kümmert sie nicht. Er hat weder Pflicht noch Recht, auf sie zurückzugehen. Ihm gegenüber ist lediglich die stärkere Wirkung sowohl erklärt wie gewollt, er muss sie gegen sich gelten lassen, weil er ein Recht so wenig auf die schwächere als auf die stärkere Wirkung hat."

Nach alledem dürfte die allein richtige Ansicht nur die sein: „Der fiduziarische Indossatar ist einziger und wirklicher Wechseleigentümer und Wechselgläubiger und zwar gegenüber jedermann. Der Indossant hat aufgehört, Eigentümer zu sein, er hat sein Eigentum an den Indossatar verloren. Diese Rechtsstellung äußert ihre Wirkung für und gegen den Wechselschuldner, für und gegen den Indossanten[17]).

§ 10.

Das Rechtsverhältnis zwischen Indossatar und Indossant.

Das Rechtsverhältnis zwischen Indossatar und Indossant ist zunächst auch beim fiduziarischen Indossament ein wechselrechtliches. In seiner Stellung als Eigentümer des Wechsels gegenüber jedermann ist der fiduziarische Indossatar zur Vornahme aller wechselrechtlichen Handlungen befugt, wie ein gutgläubiger Vollindossatar. Er hat insbesondere das Recht der Präsentation, der Protesterhebung im eigenen Namen. Er ist berechtigt, den Wechsel weiter zu indossieren, er ist berechtigt zur Stundung, zum Erlasse. Durch

[17]) Regelsberger a. a. O. S. 187.

die letzteren Handlungen verstößt er zwar gegen den zwischen ihm und dem Indossanten geschlossenen fiduziarischen Nebenvertrag und macht sich dem Indossanten gegenüber ersatzpflichtig, aber das hat auf die wechselrechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit seiner Handlung keinen Einfluß.

Falsch ist es, von einer Unterschlagung zu sprechen[1]), wenn der Indossatar unter Mißbrauch der ihm eingeräumten freieren Stellung den Wechsel z. B. weiter indossiert, denn eine Unterschlagung ist ja nur an einer fremden Sache möglich, der Indossatar ist aber Eigentümer des Wechsels. Eher könnten strafrechtlich Vergehen der Untreue oder des Betrugs in Frage kommen: Untreue, dann, wenn der Indossatar über die Wechselsumme absichtlich zum Nachteil des Indossanten verfügt, Betrug, wenn er etwa bereits bei Übertragung des fiduziarischen Indossaments die Absicht hatte, den Indossanten an seinem Vermögen zu beschädigen und sich zur Erreichung des Indossamentes falscher Vorspiegelungen bediente. Als Eigentümer wird er durch den Empfang des Geldes bereichert; wenn er dann die Wechselsumme an den Indossanten abliefern muß, so ist dies nur eine durch den fiduziarischen Vertrag entstandene obligatorische Verpflichtung.

Wird ihm der Wechsel gestohlen, unterschlagen oder kommt er ihm sonstwie abhanden, so ist er strafrechtlich der Verletzte, er der Geschädigte. Er kann den Wechsel vindizieren, ihn für kraftlos erklären lassen. Er allein kann die Erfüllung der Wechsel-

---

[1]) De Jonge, „Das relative Vollmachtsindossament.“ Grünhuts Zeitschrift, Bd. XV, S. 582.

schuld verlangen und er kann bei Nichteingang der Wechselsumme Regreß an seinen Vorleuten nehmen. Nimmt er aber an seinem eigenen Indossanten Regreß, so kann sich dieser gegen ein derartiges Vorgehen mit einer Einrede im Sinne der zweiten Satzhälfte von Art. 82 W.O. wehren; denn dieser kann sich auf die zwischen ihm und dem Indossatar getroffene Nebenabrede stützen.

Rehbein[2]) erklärt ein derartiges Vorgehen des fiduziarischen Indossatars für ein doloses und gibt eine Einrede der Arglist. Ebenso gewähren Goltz[3]) und Steinblink[4]) mit Rücksicht auf den neben dem Wechselvertrag laufenden Nebenvertrag eine Einrede der Arglist, Kohler erblickt in einer Regreßnahme des fiduziarischen Indossatars an seinem Indossanten einen Mißbrauch des ihm gewährten Rechts. Formell sei er ja berechtigt, Regreß selbst an seinem Indossanten zu nehmen, aber die dem Indossatar durch Erteilung des Vollindossaments eingeräumte freiere Stellung werde eingeschränkt durch den obligatorischen Nebenvertrag. Daher gibt Kohler[5]) dem Indossanten ein actio oder exceptio mandati gegen Mißbräuche des formellen Rechts. Auf den gleichen Weg verweist Regelsberger[6]), Goldschmidt[7]) den Indossanten.

Als Wechseleigentümer besitzt der fiduziarische Indossatar aktive und passive Legitimation im Pro-

[2]) A. a. O. Anm. 29 zu Art. 9—17.
[3]) A. a. O. S. 51 ff.
[4]) A. a. O. S. 30.
[5]) A. a. O. S. 347.
[6]) A. a. O. S. 187.
[7]) A. a. O. S. 83.

zesse. Der Prozeß äußert für ihn und gegen ihn Wirkungen, unterbricht nur gegen ihn die Verjährung. Er ist selbständiges Subjekt der Wechselstempelpflicht und solidarisch neben seinem Indossanten haftbar. Hat er den Wechsel weiter indossiert, so ist er auch regreßpflichtig. Er kann jetzt nicht den Regreßanspruch an den Indossanten verweisen, da er lediglich für diesen die Forderung einziehen solle, noch kann er mit Gegenansprüchen seines Indossanten gegen den Regreßberechtigten kompensieren.

§ 11.

Verhältnis des fiduziarischen Indossatars zum Wechselschuldner.

Da der fiduziarische Indossatar eine Eigentümerstellung erlangt hat, muß der Wechselschuldner an ihn zahlen, an ihn hat er sich auch zu wenden, wenn er die Zahlung gestundet wissen will. Die wichtigste Frage ist die, wie sich das Verhältnis zwischen fiduziarischen Indossatar und Wechselschuldner im Prozesse gestaltet.

Hierüber spricht sich Regelsberger[1]) mit großer Entschiedenheit aus: Der fiduziarische Eigentumsindossatar sei dem Wechselschuldner gegenüber nicht bloß zum Prozesse, sondern auch zur Sache legitimiert. Er stelle mit vollem Recht die Wechselklage im eigenen Namen an und wie der Schuldner nicht befugt sei, diese Rechtsverfolgung wegen der materiellen Vertretereigenschaft des Klägers zu bestreiten (R.O.H.G. bei Seuff. XXV, Nr. 164 und in den

[1]) A. a. O. S. 188.

Entscheid. Bd. I, S. 169, so könne auch der Indossant im Prozesse zwischen Indossatar und Schuldner nicht die Rechte einer Prozeßpartei in Anspruch nehmen."

Ebenso sehen Grünhut[2]), Lehmann[3]), Kreis[4]) u. a. in dem fiduziarischen Indossatar die materiell legitimierte Prozeßpartei. Auch Hellwig[5]) erklärt den fiduziarischen Indossatar als Prozeßpartei, „wenngleich er fremden Interessen dient, wenn er also Vertreter im eigenen Namen[6]) ist." Daher muß auch nach den Sätzen der C.P.O. das Urteil in dem Prozesse für und gegen den Indossatar wirken, während an und für sich der Indossant von dem Urteil unberührt bleibt.

Der fiduziarische Indossatar erhebt also im eigenen Namen die Klage gegen den Wechselschuldner; an ihn haben die Zustellungen zu erfolgen. Als Prozeßpartei ist natürlich der fiduziarische Indossatar allein berechtigt und verpflichtet, zu- und zurückgeschobene Eide zu leisten[7]), während der Indossant nur als Zeuge in diesem Prozeß auftreten kann. Dieser Umstand, daß der Indossatar zu schwören hat, hat allerdings, wie Wienstein[8]) ausführt, schwere Unzuträglichkeiten zur Folge. Er hält die Stellung, die der

---

[2]) A. a. O. S. 148.

[3]) A. a. O. § 122, Anm. 12.

[4]) A. a. O. S. 39.

[5]) „Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft." Leipzig 1901.

[6]) A. a. O. S. 39 mit Anm. 17, S. 40.

[7]) R.O.H.G. Bd. XV, S. 344; Seufferts Archiv, Bd. XXII, Nr. 268.

[8]) Wienstein, Bemerkungen zum Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts in Gruchots Beiträgen. Jahrg. 46 (1902), S. 251.

Schuldner im Prozesse hat, für eine sehr ungünstige, weil das am meisten in Betracht kommende Beweismittel im Wechselprozesse die Eideszuschiebung sei und der Indossatar meistens in der Lage sein werde, die zugeschobenen Eide in der Überzeugungsnorm leisten zu können. Da aber dadurch der Wechselschuldner fast nie die gegen den Indossanten zustehenden Einreden zur Geltung bringen könne, andererseits aber an dem in Geltung stehenden Parteibegriffe des Indossatars nicht gerüttelt werden dürfe, da hierdurch der Chikane Tür und Tor geöffnet werde, so sei der ungünstigen Lage des Wechselschuldners nur dadurch abzuhelfen, daß man hinter § 449 R.C.P.O. eine neue gesetzliche Vorschrift einschiebe, die etwa dahin lauten würde: „Ist nach dem bürgerlichen Recht eine Partei zwar zur Erhebung eines Anspruches im Prozesse befugt, jedoch nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse lediglich Vertreter eines Anderen, so ist die Eideszuschiebung an den Vertretenen zulässig.“

Eine viel umstrittene Frage ist die, ob es einen Einfluß hat, wenn der Indossatar im Prozesse zugesteht, daß er die Forderung nur für den Indossanten einklagen solle, daß er nur „fiduziarischer“ Indossatar sei.

Nach der einen Ansicht ist eine derartige Erklärung des Indossatars rechtlich ohne Wirkung, während die andere aus einem solchen Geständnisse des Indossatars eine Änderung des Rechtsverhältnisses zwischen Schuldner und Indossatar folgen läßt. Diese letztere Ansicht hat das Reichsoberhandelsgericht in mehreren Entscheidungen [9]) vertreten, indem es an-

[9]) Entscheidungen, Bd. X, 385, XXI, 117; XXII, 173.

nahm, daß der klagende Indossatar durch die eigene Erklärung, er klage den Wechsel nicht für seine Rechnung, sondern für solche seines Indossanten ein, sich seiner vollen, aus dem Indossament folgenden Rechte begeben habe.

In ähnlicher Weise äußern sich Wächter[10]) Kreis[11]), Bernstein[12]), Rehbein[13]). Für v. Canstein[14]) macht es einen Unterschied, ob der Indossatar sein wahres Verhältnis selbst eingesteht oder ob es ihm nachgewiesen ist, indem er ihn im ersten Falle als bloßen Mandatar seines Indossanten, im letzten Falle als Prokuraindossatar betrachtet; hiernach würde also der Indossatar nach seinem Geständnis entweder ein bloßer Bevollmächtigter oder ein Prokuraindossatar sein.

Die Unrichtigkeit dieser letzteren Ansicht, die im Vollindossament gleichzeitig ein Prokuraindossament enthalten sieht, ergibt sich aus dem Wechselrecht selbst; denn die Wechselordnung hat ausdrücklich zwei Arten von Indossamenten geschaffen. Das Voll. indossament und das Prokuraindossament. Wer nun die Form des Vollindossaments gebraucht, der hat sie auch gewollt, der hat auch die Wirkungen des Vollindossaments gewollt, denn „der Mangel der Form kann nicht durch den Gegenbeweis des Willens, ein Prokuraindossament auszustellen, ersetzt werden.“ Der Indossatar hat sich selbst die Folgen des Vollindossaments zuzuschreiben, denn er konnte ja apertius

[10]) Wechselrecht, 238.
[11]) A. a. O. S. 39.
[12]) W.O. S. 113.
[13]) Kommentar zur W.O. S. 33.
[14]) W.O. S. 411.

scribere[15]). Durchaus verfehlt wäre es, wollte man argumentieren, in dem Mehr liege auch das Weniger, also enthalte das unbeschränkte Indossament zugleich auch das Prokuraindossament und ersetze die Prozeßvollmacht.

Denn Ersteres bezweckt Übereignung des Wechsels, ein Entäußerungsgeschäft, dieses räumt einem anderen über das eigene Vermögen bis zu einem gewissen Umfang Verfügungsgewalt ein, Vorgänge, die nicht bloß dem Grade, sondern auch der Art nach verschieden sind.

Was die andere Ansicht betrifft, daß der fiduziarische Indossatar durch sein Geständnis zum gewöhnlichen Bevollmächtigten herabsinke, so ist auch diese als unrichtig zu verwerfen. Denn, wenn der Indossatar eingesteht, daß er die Forderung nur für den Indossanten einziehe, daß er also diesem die Wechselsumme nach Eingang derselben abliefern müsse, so gibt er doch nichts anderes kund, als was er mit seinem Indossanten verabredet hat. Durch diese Nebenabrede verpflichtete sich aber der Indossatar nur obligatorisch seinem Indossanten gegenüber, die Wechselsumme abzuliefern. Dinglich ist er ihm ja ebenso wie dem Wechselschuldner und jedem anderen Dritten gegenüber Eigentümer des Wechsels geworden. Diese Vereinbarung ist nur Internum der Giroparteien und äußert eine Wirkung nur zwischen Indossant und Indossatar. Für dritte ist sie vollständig wirkungslos und es ist deshalb ganz überflüssig, sie ihnen bekannt zu geben.

Auch aus einem anderen Gesichtspunkte wäre

[15]) Grünhut, W.R. S. 146.

eine solche Wirkung des Geständnisses sehr eigentümlich, denn es wäre für den Indossatar, der durch den gutgläubigen Erwerb des Vollindossaments Eigentümer geworden ist, ein Leichtes, bald als Eigentümer des Wechsels, bald als bloßer Bevollmächtigter seines Indossanten aufzutreten, je nachdem für ihn diese oder jene Stellung gerade günstiger ist.

Mit Regelsberger[16]), Wulff[17]), Goltz[18]), Steinblink[19]) u. a. dürfte daher der Ansicht beizutreten sein, die dem Geständnis des fiduziarischen Indossatars im Prozesse zwischen ihm und dem Wechselschuldner kein Gewicht beilegt, sondern dasselbe für rechtlich völlig belanglos erklärt.

Da der fiduziarische Indossatar als Wechseleigentümer klagt, können ihm vom Wechselschuldner gemäß Art. 82 W.O. nur Einreden entgegengesetzt werden, die aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den Indossatar zustehen. Wenn nun hier trotzdem die Ansicht vertreten wird, daß der Wechselschuldner Einreden, die dem Wechselschuldner gegen den Indossanten zustehen, dann auch dem Indossatar gegenüber geltend machen kann, wenn dieser beim Erwerbe des Wechsels Kenntnis von der Existenz solcher Einreden hatte, so liegt in dieser Ausnahme noch keineswegs eine Durchbrechung der allgemeinen Regel betreffend die Unzulässigkeit von Einreden ex persona indossantis. Sie folgt vielmehr aus der Anwendung der Grundsätze betr. die exceptio doli specialis, denn der hier gewährte Einwand des

[16]) A. a. O. S. 188.
[17]) A. a. O. S. 62.
[18]) A. a. O. S. 73–76.
[19]) A. a. O. S. 38.

Dolus ist eigentlich in der Person des Indossatars selbst begründet, denn, wenn der Indossatar trotz Kenntnis von bestehenden Einreden den Wechsel erwirbt, so handelt er dolos, da er sich, wie oben erwähnt, dadurch an der dolosen Handlung der Einredenabschneidung seines Indossanten beteiligt. Wenn er aber bei Erwerb des Wechsels in schlechtem Glauben war, so ist durch das Vollindossament das Eigentum auf ihn gar nicht übergegangen, sondern es ist beim Indossanten verblieben. Wenn er jetzt klagt, klagt er also nicht als Eigentümer, sondern nur als Bevollmächtigter seines Indossanten. Als solcher muß er sich aber auch alle Einreden gefallen lassen, die dem Wechselschuldner gegen den Indossanten zustehen.

§ 12.

Das fiduziarische Indossament im Konkurse des Indossatars.

Eine der wichtigsten, aber auch der strittigsten Fragen ist die, wie das fiduziarische Indossament zu beurteilen sei im Konkurse des Indossatars, insbesondere, ob dem Indossanten ein Aussonderungsrecht gemäß § 35 K.O. zu gewähren sei, wenn der fiduziarische Indossatar in Konkurs verfällt, noch bevor er die Wechselsumme eingezogen oder die eingezogene Wechselsumme vertragsmäßig an den Indossanten abgeliefert hat.

Einer Beantwortung dieser Frage muß die Entscheidung über eine andere Frage vorausgehen, ob nämlich der Wechsel dem Indossatar als Gemeinschuldner im Sinne des § 35 K.O. „gehöre.“ Der genannte Paragraph sagt „Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemein-

schuldner nicht gehörigen Gegenstandes auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Sätzen."

Die Beantwortung dieser Frage hinwiederum richtet sich ganz nach der Auffassung und der Ansicht über die rechtliche Stellung des fiduziarischen Indossatars.

Diejenigen, welche durch das fiduziarische Indossament ein Eigentum auf den Indossatar gar nicht übergehen lassen, sowie diejenigen, welche ein Eigentum des fiduziarischen Indossatars zwar anerkennen, aber eine Teilung dieses Eigentums derart eintreten lassen, dass der Indossatar wohl Dritten gegenüber, nicht aber in seinem Verhältnis zum Indossanten als Eigentümer zu gelten habe, entscheiden sich auch hier dafür, daß das Eigentum am Wechsel im Konkurse des Indossatars dem Indossanten zustehen, der Wechsel ihm „gehören" solle. Aus diesem Grunde gewähren sie auch alle dem Indossanten ein Aussonderungsrecht.

Hier sind hauptsächlich zu nennen: Grünhut a. a. O. S. 149, v. Kanstein a. a. O. S. 451; Bernstein a. a. O., Skonietzky a. a. O. S. 232 und die von Goltz a. a. O. S. 86 Zitierten.

A. Schultze[1]) sucht mit dem Begriff der deutschen Treuhänderschaft, welche er als resolutiv bedingte Übertragung bezeichnet, zu helfen. Er führt aus: „der Inkassoindossatar erlangt Eigentum und Gläubigerschaft am Wechsel, aber zu treuer Hand im

[1]) „Der Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht." Iherings Jahrbücher, Bd. XLIII, S. 1 ff.

deutschen Sinne d. h. unter auflösender Bedingung, deren Eintritt den dinglichen Rückfall an den Indossanten herbeiführt. Bedingung ist das Erlöschen des Inkassomandates oder ein dem Inkassozweck zuwiderlaufender Gebrauch des Wechsels, insbesondere der formalen Legitimation.“ Und wenn er dann fortfährt: „Die Konkurseröffnung allein führt, weil nicht das Erlöschen des Auftrags, auch nicht das Eintreten der Resolutivbedingung herbei. Diese Wirkung hat erst als zweckverletzende Handlung die Einbeziehung des Wechsels in die Konkursmasse,“ so dürfte hier mit einem rechtlich nicht vorhandenen Momente gerechnet werden; denn nach § 1 der Konkursordnung entscheidet sich zurzeit der Eröffnung des Verfahrens nicht durch Handlungen, sondern allein nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften, was in die Masse fällt[2]).

Wieland[3]) hält den Indossanten für forderungsberechtigt, nicht weil er Eigentümer des Wechsels, sondern weil er forderungsberechtigt sei. Dieser Ansicht Wielands, der eine Trennung zwischen Eigentum und Gläubigerschaft vornimmt, ist aus den bereits im § 5 erörterten Gründen entgegen zu treten. Aber selbst eine solche Trennung zugegeben, so ist eine solche Behauptung mit dem Wortlaut der Konkursordnung nicht in Einklang zu bringen. Der Wechsel verkörpert das Forderungsrecht in dem Sinne, daß ohne seinen Besitz eine Geltendmachung des letzteren ausgeschlossen ist[4]).

[2]) Wienstein, a. a. O. S. 251.

[3]) A. a. O. S. 308.

[4]) S. Gunz, a. a. O. S. 242.

Interessant ist die Ansicht Dernburgs[5]) der sich deswegen für ein Aussonderungsrecht entscheidet — gestützt auf § 812 B.G.B. — weil sich sonst die Konkursgläubiger ohne zureichenden Grund bereichern würden. Diese Ansicht Dernburgs dürfte jedoch zu weit gehen. Er schreibt der genannten Bestimmung eine zu große Wirkung zu. Diese Bestimmung soll nur einen Bereicherungsanspruch begründen, gegenüber dem unmittelbar Bereicherten, nicht aber Dritten gegenüber.

Kohler[6]) erkennt den fiduziarischen Indossatar zwar als Eigentümer an, hält es aber für eine Ungerechtigkeit, daß man in Konsequenz dieser Ansicht, dem Indossanten das Aussonderungsrecht verweigere. Er macht deshalb den Vorschlag, dem Indossanten nach dem Muster römischer Juristen eine rei vindicatio utilis zu gewähren. Er stützt dies darauf, daß sonst der Indossant einen unverdienten Verlust erleiden und die Gläubiger des Indossatars einen unverdienten Gewinn machen würden.

Nimmt man aber an, daß es dem Indossanten ermöglicht ist, begründeten Einreden des Wechselschuldners auszuweichen, so kann man den etwaigen Verlust des Indossanten nicht unverdient nennen. Es ist eben das Risiko, das er übernahm, um sich Vorteile zu verschaffen. Und wenn Kohler von einer grundlosen Bereicherung der Konkursgläubiger spricht, so ist hierauf zu erwidern, daß z. B. auch einem, der dem Gemeinschuldner etwas auf Borg verkauft

---

[5]) Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reiches, S. 304/05, Anm. 12.

[6]) A. a. O. S. 347 ff.

und zur Prüfung übergeben hat, ein Aussonderungsrecht versagt wird.

Gunz[7]) gesteht dem Indossanten ein Aussonderungsrecht nur in dem Falle zu, wenn der fiduziarische Indossatar zur Zeit der Eröffnung seines Konkurses die Wechselsumme zwar schon eingezogen, aber noch nicht abgeliefert hat. Er begründet seine Ansicht damit, daß die Wirkungen der von dem Indossatar abgeschlossenen Geschäfte unmittelbar für und gegen den Indossanten wirken, da die Einziehung kraft Vollmacht, also in Ausübung eines fremden Rechts erfolge. Das dingliche Recht an der an Stelle des erloschenen Forderungsrechts getretenen Geldsumme stehe daher nicht dem Vertreter, sondern dem Vertretenen zu, so daß es sich in diesem Falle in Wirklichkeit bei dem von dem Indossanten gegen die Konkursmasse erhobenen Anspruch um eine Sache handele, die nicht dem Kridar gehöre.

Wie oben bereits erwähnt, ist die auch von Gunz angenommene Trennung von Eigentum und Gläubigerschaft zu verwerfen. Der fiduziarische Eigentümer ist Eigentümer und Gläubiger. Wenn er als solcher die Wechselsumme einzieht, so tritt eben diese Geldsumme anstatt des Wechselpapiers in sein Eigentum und ein dingliches Recht auf die Wechselsumme hat der Indossant ebensowenig wie am Papier.

Zur Beurteilung und Widerlegung der Ansichten, die ein Eigentum des Indossatars überhaupt nicht anerkennen oder eine Teilung des Eigentums in oben erwähnter Weise annehmen, und demgemäß dem Indossanten ein Aussonderungsrecht zugestehen, wird

---

[7]) A. a. O. S. 244.

es genügen, wenn auf die in den §§ 5—9 enthaltenen Erörterungen verwiesen wird.

Ferner wird geltend gemacht, für die grundsätzliche Bejahung des Aussonderungsrechtes spräche auch, daß bei der Beratung der Konkursordnung die Kommission fast einstimmig für die Gewährung eines Aussonderungsrechtes war. Allein die in der Kommission aufgetretenen Meinungen sind doch für uns nicht maßgebend; sie sind ja nicht Gesetz geworden. Eine gesetzliche Regelung dieser Frage ist vielmehr abgelehnt worden. Nach alledem dürfte folgende Anschauung die richtige sein.

Da durch das fiduziarische Indossament Eigentum übertragen wird, der fiduziarische Indossatar also Gläubiger und Eigentümer wird und zwar gegenüber jedermann, so kann dem Indossanten im Konkurse des fiduziarischen Indossatars auch kein Aussonderungsrecht zugestanden werden. Denn der Wechsel oder die eingezogene Wechselsumme „gehört“ ja nicht ihm, sondern dem Indossatar. Er ist also nur auf den obligatorischen Anspruch dem Indossatar gegenüber beschränkt, er hat nur eine actio mandati, depositi, er kann seine Forderung nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen.

In der gleichen Weise verwerfen auch Grünhut[8]), Goldschmidt[9]), Wulff[10]), Lang[11]), Goltz[12]) und Steinblink[13]) ein Aussonderungsrecht des Indos-

---

[8]) A. a. a. O. S. 144, 145.

[9]) A. a. O. S. 82—83.

[10]) A. a. O. S. 82.

[11]) A. a. O. S. 342.

[12]) A. a. O. S. 90 und die dort angeführten.

[13]) A. a. O. S. 48.

santen, da er nicht dinglich, sondern nur obligatorisch berechtigt sei.

Das Rechtsgefühl drängt wohl dahin, dem Indossanten dieses Aussonderungsrecht zu gewähren und es ist bedauerlich, daß der Indossant bei dieser schroffen Ablehnung eines Aussonderungsrechtes eventuell schweren Verlust erleiden kann.

Aber falsch ist es, die Versagung des Aussonderungsrechtes ungerecht zu nennen[14]), denn der Indossatar ist ja Eigentümer des Wechsels geworden, also fallen auch die ihm gehörigen Sachen in seine Konkursmasse.

Dann ist nicht zu vergessen, daß sich der Indossant ja selbst in die Gefahr begab dadurch, daß er die Form des Vollindossaments wählte, obwohl ihm zu seinen Zwecken auch ein gewöhnliches Prokuraindossament genügt hätte. Er hätte ja auch selbst den Wechsel einlösen und einklagen können, er hätte den Indossatar gar nicht gebraucht. Nur um gewisse Vorteile zu erlangen, hat er den fiduziarischen Indossatar vorgeschoben; wenn er dann dadurch Schaden erleidet, so hat er sich dies selbst zuzuschreiben. Denn das fiduziarische Geschäft ist immer ein riskantes Geschäft. Einmal ist er auf die Ehrlichkeit seines fiduziarischen Indossatars angewiesen und zweitens muß er mit der allerdings seltenen Möglichkeit rechnen, daß der Indossatar in Konkurs verfällt. Dann müßte der durch Vollindossament übergebene Wechsel, der ja in das Eigentum des Indossatars übergehen sollte und auch übergegangen ist, in die Konkursmasse des Indossatar-Gemeinschuldners fallen. Dann

---

[14]) Kohler a. a. O. S. 346ff.

könnte er nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger seine Forderung geltend machen. Aber dieses eventuelle Risiko des Indossanten wird längst wieder aufgehoben durch die Vorteile, die ihm das fiduziarische Indossament bringt. Denn hätte er den Wechsel selbst eingeklagt, so hätte ihm vielleicht der Wechselschuldner wohlbegründete Einreden entgegengesetzt, die die Wechselforderung zu nichte gemacht hätten, er wäre vielleicht nie zu dem Geld gekommen. So aber ist es ihm gelungen, diesen Einreden zu entgehen und auf einem Umwege zur Wechselsumme zu gelangen.

Es wäre zu viel des Guten[15]) und keineswegs dem Postulat der Gerechtigkeit entsprechend, wenn man, wie Kohler den Fiduziar einerseits Eigentümer sein läßt, zugleich aber dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht gewährt. Damit dürfte auch zur Genüge betont sein, daß es nicht möglich ist, nach Billigkeitserwägungen sich für Versagung oder Gewährung eines Aussonderungsrechtes zu entscheiden. Die Annahme des einen oder anderen kann sich nur nach der begrifflichen Auffassung des Indossaments richten.

---

[15]) Lang a. a. O. S. 341.